

«مُنتَهى ٱلإِرَادَاتِ»

تصنيف

ٱلإمام محمد بن أحمد بن عبد ٱلعزيز ٱلفتوحي الحنبلي

الشهير: بٱبن النجار

٨٩٨ - ٩٧٢هـ

دِراسة وتحقيق

أ. د. عبد الملك بن عبد الله دهيش

الجزء السابع


بسم الله الرحمن الرحيم

معونة أُولِي النُّهى

الطبعة الخامسة
طبعة منقحة ومزيدة
١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م

توزيع
مكتبة الأسدي
مكة المكرمة – هاتف (٠٠٩٦٦٢/٥٥٧٠٥٠٦) فاكس (٠٠٩٦٦٢/٥٥٧٥٢٤١)
ص . ب : ٢٠٨٣

(باب : إحياء الموات)

وهو مشتق من الموت .

قال في « القاموس » : والمُوات كغراب الموْت ، وكسحاب ما لا روح فيه ، وأرض لا مالك لها . والموتَان بالتحريك خلاف الحيوان ، أو أرض لم تُحيى بعد ، وبالضم موت يقع بالماشية ويفتح . انتهى .

وفي « المغني » : الموات هو الأرض الخراب الدارسة . تسمى ميتة ومواتاً ومَوَتاناً[1] بفتح الميم والواو . والمُوتان بضم الميم وسكون الواو : الموت الذريع . ورجل مَوتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني : عمي القلب لا يفهم . انتهى .

(و) الموات في اصطلاح الفقهاء : (**هي الأرض المنفكَّة عن الاختصاصات وملك معصوم**) .

قال الحارثي عن هذا الحد : فيدخل فيه كل ما يُملك بالإحياء وخرج كل ما لا يملك به . انتهى .

وسيأتي صور ذلك في المتن .

والأصل في إحياء الأرض ما روى جابر رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له »[2] . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له

---

(١) في ب : وموتاً .

(٢) أخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٧٩) ٣ : ٦٦٣ كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات .

وليس لعرق ظالم حق »[١] . قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وروى مالك في « موطئه » وأبو داود في « سننه » عن عائشة مثله[٢] .

قال ابن عبد البر : وهو مسند[٣] صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم .

وروى أبو عبيد في « الأموال » عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « من أحيى أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها »[٤] .

قال في « المغني » : وعامة فقهاء الأمصار على أن المَوَات يُملك بالإحياء وإن اختلفوا في شروطه . انتهى .

(**فيُملك بإحياءٍ كل ما**) أي : كل مكان (**لم يجر عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة**) .

قال في « المغني » : بغير خلاف بين القائلين بالإحياء . انتهى .

وذلك لأن الأحاديث المتقدمة متناولة له .

نقل أبو الصقر : في أرض بين قريتين ليس فيها مزارع ولا عيون وأنهار تزعم كل قرية أنها لهم في حرمهم : فإنها ليست لهؤلاء ولا لهؤلاء حتى نعلم أنهم أحيوها فمن أحياها فله . ومعناه[٥] نقل ابن القاسم .

(**وإن**) كان هذا المكان الذي لم يوجد فيه أثر عمارة تحقق أنه كان قد (**ملكه مَن**) أي إنسان (**له حرمة**) وهو مسلم والذمي والمستأمن . (**أو شُك**) بالبناء للمفعول (**فيه**) أي : فيمن كان مالكاً له هل كان ممن له حرمة أو لا ولم يعلم حاله .

---

(١) أخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٧٨) ٣ : ٦٦٢ الموضع السابق .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٠٧٣) ٣ : ١٧٨ كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إحياء الموات . عن سعيد بن زيد .
وأخرجه مالك في « الموطإ » (٢٦) ٢ : ٥٧٠ كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات ، عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً .
ولم أره فيهما عن عائشة ، كما ذكره المصنف .

(٣) في ج : سند .

(٤) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٧٠٣) ص : ٢٦٤ باب إحياء الأرضين . . .

(٥) في أ و ج : ومعناها .

(**فإن وجد**) المالك له (**أو أحد من ورثته : لم يُملك بإحياء**) .

قال في « المغني » : قال ابن عبدالبر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه . انتهى .

ومراده بإجماع العلماء فيما مُلك بشراء أو عطية . وإلا فمالكٌ يخالف فيما مُلك بإحياء ثم دثر . وسيأتي الكلام عليه .

(**وكذا**) الحكم وهي كونها : لا تملك بإحياء على الصحيح من المذهب : (**إن جهل**) المالك بأن لم تعلم عينه مع العلم بجريان الملك لذي حرمة . نص على ذلك في رواية أبي داود وأبي الحارث ويوسف بن موسى ؛ لحديث عائشة المتقدم : « من أحيى أرضاً ليست لأحد »[1] . وهذه مملوكة .

ولأن هذا مكان مملوك . فلم يملك بإحياء ؛ كما لو كان مالكه معيناً .

وعنه : بلى . نقلها صالح وغيره .

وعنه : يملكه محييه مع الشك في عصمة مالكه .

(**وإن علم**) مالكه وأنه مات (**ولم يُعْقِب**) أي : لم يترك ذرية ولا وارثاً : لم يملك أيضاً بإحياء ، و (**أقطعه الإمام**) لمن شاء ؛ لأنه فيء .

وعنه : يملكه محييه .

(**وإن مُلك**) مكان (**بإحياء ، ثم تُرك حتى دَثَر وعاد مواتاً لم يملك بإحياء : إن كان لمعصوم**) بغير خلاف بين الأصحاب .

وقال مالك : بلى ؛ لعموم قوله : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له »[2] . ذكره في « المغني » .

وأجاب عنه بأن حديث : « من أحيى أرضاً ميتة ليست لأحد »[3] : مقيد للحديث المطلق .

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق .

(٢) سبق تخريجه ص : ٥ .

(٣) سبق تخريجه قريباً .

وبأن هشام بن عروة قال في تفسير قوله عليه السلام : « وليس لعرق ظالم [حق ، العرق الظالم][1] : أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها » . ذكره سعيد بن منصور في « سننه » .

وبأن مُلك المحيِي أوّلًا لم يزل عنها بالترك . بدليل سائر الأملاك .

(**وإن عُلم ملكه لمعين غير معصوم**) وهو الكافر الذي لا ذمة له : (**فإن**) كان قد (**أحياه بدار حرب واندرس ، كان**) ذلك (**كمَوَات أصلي**) أي : فيملكه من يحييه ؛ لأن ملك من لا عصمة له كعدمه .

(**وإن**) لم يتحقق ملكه لمعصوم[2] لكونه ليس به أثر ملك لكن (**تردد في جريان الملك عليه ، أو كان به أثر ملك غير جاهلي ؛ كالخرب الذي ذهبت أنهارها ، واندرست آثارها ، ولم يعلم لها مالك**) أي : لم يعلم أنها الآن مملوكة لأحد .

(**أو**) كان به أثر ملك (**جاهلي قديم ، أو**) أثر ملك جاهلي (**قريب : مُلك بإحياء**) في المسائل الأربعة .

أما في الأولى وهي : **ما إذا تردد في جريان الملك عليه** ؛ فلأن الأصل عدم ذلك .

قال في « الإنصاف » : القسم الرابع : ما تردد في جريان الملك عليه ، وفيه روايتان . ذكرهما ابن عقيل في « التذكرة » والسامري وصاحب « التلخيص » وغيرهم ، وقالوا : الأصح الجواز .

والرواية الثانية عدم الجواز . انتهى .

وأما في المسألة الثانية وهي : الخرب التي اندرست آثارها ولم يعلم لها مالك وفيها روايتان أصحهما تُملك بالإحياء للخبر . صححه في « الحاوي الصغير » و« الفائق » و« النظم » .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : المعصوم .

قال في « الإنصاف » : لفظ المصنف وغيره يقتضي تعميم الخلاف في المندرس بدار الإسلام وبدار الحرب ، وقد صرح به في كل منهما : القاضي وابن عقيل والقاضي أبو الحسين وأبو الفرج الشيرازي[1] والمصنف في « المغني » والشارح وغيرهم .

وكلامه في « التنقيح » يقتضي التعميم وتبعته عليه في المتن . لكن قال في « الإنصاف » : والصحيح من المذهب التفرقة بين دار الحرب والإسلام . ولعله تبع في ذلك الحارثي فإنه قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : وبالجملة . فالصحيح : المنع في دار الإسلام ، وكذا قال الأصحاب .

وأما في المسألة الثالثة وهي : ما إذا كان به أثر جاهلي قديم ؛ كديار عاد ومساكن ثمود وآثار الروم فلم يذكر القاضي في « الأحكام السلطانية » ، والموفق في « المغني » خلافاً في جواز إحيائه .

قال في « الإنصاف » : وهي طريقة صاحب « المحرر » و« الوجيز » وغيرهما .

قال الحارثي : وهو الحق الصحيح من المذهب . فإن أحمد وأصحابه لا يختلف قولهم في البئر العاديّة . وهو نص منه في خصوص النوع .

وصحح الملك فيه بالإحياء : صاحب « التلخيص » و« الفائق » و« الشرح » و« الفروع » و« التصحيح » وغيرهم . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

قال في « المغني » : لأن ذلك الملك لا حرمة له .

وقد روي عن طاووس عن النبي ﷺ أنه قال : « عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم »[2] . رواه سعيد في « سننه » وأبو عبيد في « الأموال » .

وقال : عادي الأرض التي كان بها ساكنٌ في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس . وإنما نسبها إلى عاد لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم إليهم .

---

(١) في أ : الشيراجي .

(٢) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٦٧٦) ص : ٢٥٣ كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ، باب الإقطاع .

ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم نعلم زواله قبل الإسلام : أنه لا يملك ؛ لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه . فصار موقوفاً بوقف عمر له . فلم يملك ؛ كما لو علم مالكه . انتهى كلامه في « المغني » .

وأما في المسألة الرابعة وهو : ما إذا كان به أثـر جاهلي قريب ففيه روايتـان .

قال في « الإنصاف » : والصحيح من المذهب : أنه يملك بالإحياء . قاله الحارثي وغيره .

والرواية الثانية : لا يملك . انتهى .

ووجه المذهب : أن أثر الملك الذي بها لا حرمة له . أشبه أثر الجاهلي القديم .

(**ومن أحيى**) مما يجوز إحياؤه (**ولو**) كان الإحياء (**بلا إذن الإمام** ، **أو**) كان المحيي (**ذمياً**) أرضاً (**مَواتاً** ، **سوى موات الحرم وعرفات** ، **و**) سوى (**ما أحياه مسلم : من أرض كفار صولحوا على أنها**) أي : الأرض (**لهم** ، **ولنا الخراج عنها** ، **و**) سوى (**ما قرب من**) المكان (**العامر وتعلق بمصالحه ؛ كطرقه وفنائه** ، **ومسيل مائه** ، **ومرعاه ومحتطبه** ، **وحريمه** ، **ونحو ذلك**) ؛ كمطرح ترابه : (**ملكه**) جواب من .

أما كون من أحيى مواتاً ملكه ولو بدون إذن الإمام في إحيائه في المنصوص ؛ فلعموم الحديث .

ولأنها عين مباحة . فلم يفتقر في ملكها إلى إذن الإمام ؛ كأخذ المباح . وهو مبني على أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال .

وقيل : لا يجوز إلا بإذنه وحكاه في « الواضح » و« الإقناع » رواية ؛ لأن له مدخلاً في النظر في ذلك .

وأما كون الذمي في ذلك كالمسلم . فقد نص عليه أحمد .

وقال مالك : لا يملك الذمي بالإحياء في دار الإسلام .

قال القاضي : وهو مذهب جماعة من أصحابنا ؛ لقول النبي ﷺ : « مَوَتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني »[1] .

فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين .

ولأن موتان الأرض من حقوقها والدار للمسلمين . فكان مواتها لهم ؛ كمرافق المملوك .

وأجيب عن ذلك بعموم قوله ﷺ : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له »[2] .

وبأن الإحياء جهة من جهات التملك . فاشترك فيها المسلم والذمي ؛ كسائر جهاته .

وبأنه إنما يعرف من الحديث الذي ذكروه قوله : « لله ورسوله ثم هو لكم بعد . ومن أحيى مواتاً من الأرض فله رقبتها » .

قال في « المغني » : هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل . رواه طاووس عن النبي ﷺ .

ثم لا يمتنع أن يريد بقوله : « هي لكم « أي : لأهل دار[3] الإسلام . والذمي من أهل الدار تجري عليه أحكامها .

وقولهم : أنها من حقوق دار الإسلام .

قلنا : وهو من أهل الدار فيملكها كما يملكها بالشراء ، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة . وهي من مرافق دار الإسلام . انتهى .

وأما كون موات الحرم وعرفات لا يملك بالإحياء ؛ فلما فيه من التضييق على الحاج واختصاصه بمحلٍّ الناسُ فيه سواء .

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٤٣ كتاب إحياء الموات ، باب لا يترك ذمي يحيي . . . عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) سبق تخريجه ص : ٥ .

(٣) في أ : دين .

قال في « الإنصاف » : هل يملك المسلم موات الحرم وعرفات بإحيائه؟ يحتمل وجهين . وأطلقهما في « التلخيص » و« الرعاية » و« الفروع » .

قلت : الأولى أنه لا يملك ذلك بالإحياء . ثم وجدت الحارثي قال : هذا الحق . انتهى .

وأما كون المسلم لا يملك ما أحياه من أرض كفار صولحوا على أنها لهم ولنا الخراج عنها ؛ لأنهم صولحوا في بلادهم . فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتاً ؛ لأن الموات تابع للبلد[1] . فإذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته .

ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها ؛ لأن دار الحرب على أصل الإباحة . وهذه صالحناهم على تركها لهم فحرمت علينا .

قال في « المغني » : ويحتمل أن يملكها من أحياها ؛ لعموم الخبر .

ولأنها من مباحات دارهم . فجاز أن يملكها من وُجد منه سبب . فملكها ؛ كالحشيش والحطب . وقد روي عن أحمد : أنه ليس في السواد موات ـ يعني : سواد العراق ـ .

قال القاضي : هذا محمول على الدار . ويحتمل أن أحمد قال ذلك ؛ لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار . حتى بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال : إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا . وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده ؛ لأن ما دثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على أحد الروايتين . انتهى .

وأما كون ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه لا يملك بالإحياء بلا خلاف في المذهب ؛ لقوله ﷺ : « من أحيى أرضاً ميتةً في غير حق مسلم فهي له »[2] .

---

(١) في أ : البلد .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٤٧ كتاب إحياء الموات ، باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر .

فإن مفهومه : أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء .

ولأنه تابع للمملوك فأعطي حكمه .

ومفهوم كلام المتن : أن ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه يملك بالإحياء . وهو المذهب ؛ لعموم الخبر وانتفاء المانع .

قال أحمد في رواية أبي الصقر : في رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها : فليس لهما منعه .

وفيه رواية : لا يجوز إحياؤه .

إذا ثبت هذا فإنه لا حد يفصل بين البعيد والقريب سوى العرف .

وقال الليث : حده غلوة . وهي خمس خمس الفرسخ .

وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذي إذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلا صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه .

ولنا : أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف لا بالرأي ولم يرد من الشرع تحديد . فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف ؛ كالقبض والإحراز . وما ذكراه لا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر ؛ لأنه يفضي إلى أن من أحيى أرضاً في موات حرم إحياء شيء من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن الحد .

وحيث قلنا يملك المحيي[1] لما أحياه فإنه يملكه (**بما فيه من معدن جامد**) باطن ؛ (**كذهب وفضة وحديد**) ونحاس ورصاص ، (**و**) من معدن جامد (**ظاهر ؛ كجص وكحل**) وزرنيخ وكبريت ؛ لأنه مَلَك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها فدخل في ملكه على سبيل التبعية .

ويفارق الكنز فإنه لا يملك ما فيها من كنز ؛ لأنه مودَع فيها وليس من أجزائها .

وإنما يملك المحيي المعادن في الأرض التي أحياها إذا حفرها وأظهرها ، أما ما كان ظاهراً فيها قبل إحيائها فلا يملكه ؛ لأن في ملكه إذاً قطعاً لنفع كان واصلاً إلى المسلمين ومنعاً لانتفاعهم .

---

(١) في ب : الإحياء .

وأما إذا ظهر بإظهاره فإنه لم يقطع عنهم شيئاً .

وظاهر كلام المتن شامل لأرض العنوة وغيرها . وهو صحيح . وهو المذهب عند الأكثر .

قال الحارثي : وهو أقوى .

(**وعلى ذمي خَراج ما أحيى : من موات عنوة**) ؛ لأنها للمسلمين[1] . فلا تقر في يد غيرهم بدون الخراج ؛ كغير الموات .

فأما غير العنوة وهي أرض الصلح وما أسلم أهله عليه إذا أحيى الذمي فيه مواتاً : فكالمسلم[2] .

وعنه : لا تملك أرض العنوة بالإحياء . وما أحياه مسلم منها يقر بيده بالخراج كالذمي .

وعنه : إن أحياه مسلم فعليه عشر ثمره وزرعه .

وعنه : على ذمي أحيى غير عنوة عشر ثمرة وزرعه .

(**ويُملك بإحياء ويُقطع**) بالبناء للمفعول فيهما (**ما**) أي : مكان (**قَرُب من الساحل مما**) أي : من محل (**إذا حصل فيه الماء صار ملحاً**) ؛ لأنه لا تضييق على المسلمين بذلك بل يحدث نفعه بالعمل فيه . فلم يُمنع منه ؛ كبقية الموات وإحياء هذا بتهيئة لما يصلح له ، من حفر ترابه ، وتمهيده ، وفتح قناة إليه يصب الماء فيه ؛ لأنه يتهيأ بهذا للانتفاع[3] به .

(**أو من العامر**) يعني : أنه يملك بإحياء ويقطع ما قرب من العامر .

(**ولم يتعلق بمصالحه**) نصاً ؛ لعموم قوله ﷺ : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له »[4] .

---

(١) في أ و ب : للمسلم .

(٢) في أ و ب : كالمسلم .

(٣) في أ : هذا للانتفاع .

(٤) سبق تخريجه ص : ٥ .

و « لأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق »[1] .

وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة .

ولأنه مَوات لم يتعلق به مصلحة العامر . فجاز إحياؤه ؛ كالبعيد .

وعنه : لا يجوز إحياؤه ؛ لأنه في مظنة تعلق المصلحة به .

و (**لا**) تملك ولا تقطع (**معادن منفردة**) أما الظاهرة وهي التي يتوصل إلى ما فيها من غير مُؤْنة ينتابها الناس وينتفعون بها ؛ كمقاطع الطين والملح والكحل فلا خلاف ؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم ؛ لأن النبي ﷺ أقطع أبيض ابن حمّال معدن الملح فلما قيل له : إنه بمنزلة الماء العد رده . كذا قال أحمد .

وروى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن حمال : « أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذي بمأرب فلما ولى قيل : يا رسول الله! أتدري ما أقطعت له ؟ إنما أقطعتَه الماء العدَّ . فرجعه منه ، قال قلت : يا رسول الله! ما يحمى من الأراك؟ قال : ما لم تنله أخفاف الإبل »[2] . وهو حديث غريب .

ولأن هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة . فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه ؛ كمشارع الماء وطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل : هذا من مداد الله الكريم ، وفيض جوده العميم الذي لا غنى عنه . فلو ملكه أحد بالاحتجار ملك منعه فضاق على المسلمين . وإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن العوض الذي وضعه الله به من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة .

قال في « المغني » : وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً . انتهى .

---

(١) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٦٧٩) ص : ٢٥٣ كتاب أحكام الأرضين ، باب الإقطاع .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٠٦٤) ٣ : ١٧٤ كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إقطاع الأرضين .
وأخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٨٠) ٣ : ٦٦٤ كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القطائع .
وأخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٦٨٥ ـ ٦٨٦) ص : ٢٥٥ كتاب أحكام الأرضين ، باب الإقطاع .
والماء العدّ هو الدائم الذي لا ينقطع .

وحكم المعادن الباطنة إذا كانت ظاهرة حكم المعادن الظاهرة الأصل . قاله في « الإنصاف » ولم يذكر فيه خلافاً .

وأما الباطنة وهي : التي يحتاج في إخراجها إلى حفر ومُؤْنة ؛ كمعدن الجواهر ونحوها : فالصحيح من المذهب : أنها كالمعادن الظاهرة لا تملك بإحياء ولا يجوز إقطاعها .

وقيل : تملك بإحياء .

قال الحارثي : ونص عليه في رواية حرب .

وقيل : يجوز إقطاعها ؛ « لأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث معادن القَبَلِيَّة جَلْسِيَّها وغَوْرِيَّها »[1] رواه أبو داود وغيره .

اختاره الموفق وابن أخيه .

والقَبَلِيَّة : بقاف وموحدة مفتوحتين وكسر اللام وتشديد المثناة تحت من ناحية « الفروع » . وجَلْسيها : بفتح الجيم وسكون اللام وسين مهملة أي : نجديَّها ، ويقال لنجد : جَلْس .

(**ولا يملك ما**) أي : محل (**نضَب**) أي : غار (**ماؤه**) من الجزائر .

قال أحمد في رواية العباس بن موسى : إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها ؛ لأن فيه ضرراً . وهو أن الماء يرجع .

قال في « المغني » : يعني : أنه يرجع إلى ذلك المكان . فإذا وجده[2] مبنياً رجع إلى الجانب الآخر فأضر بأهله .

ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرت مجرى المعادن الظاهرة .

وقد قال النبي ﷺ : « لا حمى في الأراك »[3] .

---

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٠٦٢) ٣ : ١٧٣ كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إقطاع الأرضين .

(٢) في أ : أوجده .

(٣) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٠٦٦) ٣ : ١٧٥ كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إقطاع الأرضين .

وقال أحمد في رواية حرب : يروي عن عمر : « أنه أباح الجزائر » . يعني : أباح ما ينبت في الجزائر من النبات ،

وقال : إذا نضب الفرات عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك . فأما إن غلب الماء على ملك إنسان ، ثم عاد فنضب عنه فله أخذه ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه . وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل : أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره ؛ لأنه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق . فأشبه المتحجر في الموات . انتهى .

وقال في « الإنصاف » : إذا نضب الماء عن جزيرة فلها حكم الموات لكل أحد إحياؤه بعدت أو قربت . ذكره ابن عقيل والمصنف والشارح والحارثي وغيرهم ونص عليه .

قال الحارثي : هذا مع عدم الضرر . ونص عليه . انتهى .

وقال في « التنقيح » : إنه لا يملك . وتابعته عليه .

(**وإن ظهر فيما أحيي**) من موات (**عين ماء ، أو معدن جار**) . وهو الذي كلما أُخذ منه شيء خلفه عوضه ؛ (**كنِفْط وقَار ، أو**) ظهر فيها (**كلأ أو شجر : فهو أحق به**) ؛ لأنه لو سبق إلى المباح الذي ليس بأرضه كان أحق به ؛ لقوله ﷺ : « من سبق إلى ما لم يَسبق إليه مسلم فهو له »[1] . رواه أبو داود .

وفي لفظ « فهو أحق به » . فهنا أولى .

(**ولا يملكه**) نصاً ؛ لقول رسول الله ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » رواه الخلال وابن ماجه من حديث ابن عباس . وزاد فيه « وثمنه حرام »[2] .

ولأنها ليست من أجزاء الأرض . فلم يملكها بملك الأرض ؛ كالكنز .

وعنه : بلى ؛ لأنها خارجة من أرض . فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة .

---

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٠٧١) ٣ : ١٧٧ الموضع السابق .

(٢) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٤٧٢) ٢ : ٨٢٦ كتاب الرهون ، باب المسلمون شركاء في ثلاث .

(**وما فضل من مائه**) الذي لم يحزه (**عن حاجته وحاجة عياله وماشيته وزرعه : يجب بذله لبهائم غيره وزرعه**) أي : زرع غيره ؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ »[1] متفق عليه .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « من منع فضل مائه أو فضل كلئه : منعه[2] الله فضله يوم القيامة »[3] رواه أحمد .

ولا يتوعد على ما يحل .

ولأن في منعه تضييقٌ على غيره بما لا نفع له فيه فلم يجز .

وعنه : لا يجب بذله لزرع غيره .

ومحل وجوب بذله : (**ما لم يجد**) ربُّ البهائم أو الزرع ماء (**مباحاً**) فإنه حينئذٍ يكون مستغنياً به .

ولأن الخبر ظاهر في اختصاصه بمحل الحاجة . فإذا لم تكن حاجة لم يجب البذل . (**أو يتضرر به**) الباذل ؛ لأن الضرر ممنوع شرعاً .

(**أو يؤذه**) أي : يؤذي طالبُ الماء مَنِ الماء في أرضه (**بدخوله**) إليها .

قال أحمد : إلا أن يؤذيه بالدخول .

(**أو له فيه ماء السماء ويخاف عطشاً : فلا بأس أن يمنعه**) .

قال في « الإنصاف » : وقدمه في « الهداية » و« المستوعب » .

قال الحارثي : هذا الصحيح واختيار أكثر الأصحاب . منهم أبو الخطاب والقاضي أبو الحسين والشيرازي والشريفان أبو جعفر واليزيدي . وهو من المفردات . انتهى .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٢٢٧) ٢ : ٨٣٠ كتاب المساقاة ، باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٥٦٦) ٣ : ١١٩٨ كتاب المساقاة ، باب تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ .

(٢) في أ : منع .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٦٦٧٣) ٢ : ١٧٩ .

وقال الإمام أحمد أيضاً : وليس له أن يمنع فضل ماء ليمنع به الكلأ . واحتج بالخبر .

وفي « الروضة »: يكره منعه فضل مائه ليسقي به للخبر. نقله في « الفروع ».

وعلم مما تقدم أنه لا يلزم من قلنا يلزمه بذل الماء حبل ولا دلو ؛ لأنهما يتلفان بالاستعمال . أشبها بقية ماله . قاله في « الكافي » .

(**ومن حفر بئراً بموات**) أي : بأرض موات (**للسابلة**) أي : لنفع المجتازين (**فحافر كغيره**) أي : كسائر المنتفعين بها[1] (**في سقي وزرع وشرب**) .

قال في « الإنصاف » : قاله الأصحاب ، وفي « الفروع » قال جماعة : من حفر بئراً بموات للسابلة فهو كغيره في شرب وسقي وزرع .

(**ومع ضيق**) أي : تزاحم (**يُسقى آدمي**) أولا (**فحيوان فزرع**) بعدهما ؛ لأن الحيوان له حرمة .

(**و**) إن حفرها في موات (**ارتفاقاً**) بها (**كالسفارة**) والمنتجعين يحتفرون البئر (**لشربهم و**) شرب (**دوابهم : فهم**) أي : المحتفرون (**أحق بمائها**) أي : ماء البئر التي احتفروها (**ما أقاموا**) أي : مدة إقامتهم عليها . يعني : أنهم لا يملكونها .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب .

ووجهه : أنهم جازمون بانتقالهم عنها وتركها لمن ينزل منزلتهم . بخلاف الحافر للتملك .

وقيل : بل تكون ملكاً للحافر .

قال في « الإنصاف » : وهو الصواب .

(**وعليهم**) أي : الحافرين لها (**بذل فاضل**) عنهم من مائها (**لشارب**

---

(١) في أ و ب : منها .

فقط) . قاله في « الأحكام السلطانية » ، وتبعه في « المستوعب » و« الترغيب » ، واقتصر عليه في « الفروع » .

(**وبعد رحيلهم**) أي : رحيل الحافرين لها (**تكون**) البئر (**سابلة للمسلمين**) ؛ لأنه ليس لأحد ممن لم يحفرها أولى بها من الآخر .

(**فإن عادوا**) أي : الحافرين لها (**كانوا أحق بها**) من غيرهم ؛ لأنهم لم يحفروها إلا من أجل أنفسهم ومن عادتهم الرحيل والرجوع . فلم تزل أحقيتهم بذلك .

واختار كون الحافرين أحق بها من غيرهم أبو الخطاب في بعض « تعاليقه » .

قال في « الإنصاف » : قلت : وهو الصواب وقدمه في « الرعاية الكبرى » و« الفائق » . قال في « الرعاية الصغرى » و« الحاوي الصغير » : فهو أولى بها في أصح الوجهين . انتهى .

وقيل : يكونون إذا عادوا كغيرهم . اختاره القاضي في « الأحكام السلطانية » .

(و) إن حفر إنسان بئراً في مَوات حال كون الحفر (**تملكاً فملك لحافر**) ؛ كما لو حفرها بملكه الحي .

قال في « الإنصاف » : جزم به الحارثي وغيره وقدمه في « الفروع » وغيره .

قال في « الرعاية » : مَلَكها في الأقيس .

قال في « الأحكام السلطانية » : إن احتاجت طياً ملكها بعده . وتبعه في « المستوعب » ، وقال : هو وصاحب « التلخيص » : وإن حفرها لنفسه تملكاً فما لم يخرج الماء فهو كالشارع في الإحياء وإن خرج الماء استقر ملكه ، إلا أن تحتاج إلى طي فتمام الإحياء بطيها . انتهى .

***

[فصل : فيما يتحقق به الإحياء]

(**فصل . وإحياء أرض**) موات (**بحوز بحائط منيع**) . سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو للخشب أو غيرهما . نص عليه ؛ لما روى جابر أن النبي ﷺ قال : « من أحاط حائطاً على أرض فهي له »[1] رواه أحمد وأبو داود .

ورويا أيضاً بسندهما إلى سمرة عن النبي ﷺ مثله[2] .

ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياءً . أشبه ما لو جعلها للغنم حظيرة .

وتبين بهذا[3] أن القصد لا اعتبار به . بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها . وهذا لا يصنع للغنم مثله .

والمراد بالحائط المنيع : أن يمنع ما وراءه . ولا يعتبر مع ذلك تسقيف ؛ لأنه لم يذكر في الخبر .

(**أو إجراء ماء**) أي : بأن يسوق إليها ماء من نهر أو بئر (**لا تُزرع إلا به**) أي : بالماء المسوق إليها .

(**أو منع ماء لا تُزرع معه**) يعني : أن الأرض الموات لو كانت لا يمكن زرعها إلا بحبس الماء عنها ؛ كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء لكثرته : كان إحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها ؛ لأن يسوق الماء إلى ما ليس لها ماء وحبسه عما يفسدها يمكن الانتفاع بها فيما أراد من غير حاجة إلى تكرار ذلك في كل عام .

---

(١) أخرجه أحمد في « مسنده » (١٥١٢٩) ٣ : ٣٨١ .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٠٧٧) ٣ : ١٧٩ كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إحياء الموات .

وأخرجه أحمد في « مسنده » (٢٠٢٣٨) ٥ : ٢١ .

(٣) في أ و ب : ويبين هذا .

(**أو حفر بئر**) أو نهر نصاً .

قال أحمد في رواية علي بن سعيد : الإحياء أن يحوط عليها حائطاً أو يحفر فيها بئراً ونهراً . انتهى .

(**أو غرس شجرٍ فيها**) أي : في الأرض الموات ؛ كما لو كانت لا تصلح للغراس لكثرة أحجارها أو نحوها فينقيها ويغرسها .

قال في « الفروع » : ويملكه بغرس وإجراء ماء . نص عليهما .

ووجه ذلك : أن الغرس يراد للبقاء كبناء حائط .

وعنه : أن إحياء الأرض ما عُدَّ إحياء في العرف ؛ لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته . فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف .

ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان . فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف .

وقيل : ما يتكرر كل عام ؛ كالسقي والحرث فليس بإحياء ، وما لا[1] يتكرر فهو إحياء .

وعلى المذهب : لا يشترط[2] في إحياء الأرض للسكنى تسقيف البيوت ولا نصب أبوابها ؛ لأن السكنى ممكنة بدون ذلك .

ولا يحصل الإحياء بحرث وزرع .

قيل لأحمد : فإن[3] كرب حولها ، قال : لا يستحق ذلك حتى يحوط .

والكرب : إثارة الأرض للزرع . قاله في « **القاموس** » .

قال في « المغني » : ولو خندق عليه خندقاً لم يكن إحياء وكان تحجراً ؛ لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو من ذلك . انتهى .

---

(١) في أ : ولا .
(٢) في أ : يشرط .
(٣) في أ : بأن .

(**وبحفر بئرٍ**) في الموات (**يملك**) الحافر (**حريمها . وهو**) أي : حريم البئر (**من كل جانب في قديمة**) وهي : التي يسمونها العاديَّة ـ بتشديد الياء ـ نسبة إلى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد في الزمن الأول وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم .

وعند الشيخ تقي الدين : إن العاديَّة هي التي أعيدت .

والأول هو المنصوص عن أحمد .

نقل ابن منصور : البئر العاديَّة القديمة .

ونقل حرب وغيره : العاديَّة التي لم تزل .

وحيث تقرر ذلك فحريمها من كل جانب (**خمسون ذراعاً**) .

و) حريم بئر (**في غيرها**) أي : غير القديمة (**خمسة وعشرون**) ذراعاً . نص عليه ، واختاره أكثر الأصحاب ؛ لما روى أبو عبيد في « الأموال » عن سعيد ابن المسيب قال : « السنَّة في حريم القليب العاديِّ خمسون ذراعاً والبدي خمسة وعشرون ذراعاً »[1] .

وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعاً[2] .

ولا بد أن يصل الحافر إلى الماء . فإن لم يصل فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء . فالمراد بحفر البئر القديمة استخراج مائها حتى يكون إحياء لها . فأما البئر التي ماؤها ظاهر فليس لأحد احتجار ؛ كالمعادن الظاهرة .

وعند القاضي : حريم البئر قدر مد رشائها من كل جانب .

وقيل : قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها . واختاره القاضي أيضاً في « المجرد » .

فعلى هذا إن كان يستقى منها بدولاب فحريمها قدر مدار الثور ، وإن كان

---

(١) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٧٢٢) ص : ٢٦٩ كتاب أحكام الأرضين ، باب إحياء الأرضين . . .

(٢) أخرجه الدارقطني في « سننه » (٦٣) ٤ : ٢٢٠ كتاب في الأقضية والأحكام .

بسانية فبقدر[1] طول البئر ، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر[2] ما يحتاج إليه الواقف .

وقال في « الأحكام السلطانية » : له أبعد الأمرين من الحاجة أو قدر الأذرع . مع أن أحمد توقف في التقدير في رواية حرب .

قال الحارثي : وهو غلط . ولو تأملوا النص بكماله من « مسائل حرب والخلال » لما قالوا ذلك . نقله عنه في « الإنصاف » .

(**وحريم عين وقناة**) احتفرهما إنسان في موات (**خمسمائة ذراع**) . نص عليه في العين في رواية غير واحد .

وقال الحارثي عن حريم القناة : والمذهب أنه كحريم العين ، وقال : واعتبره القاضي في « الأحكام السلطانية » بحريم النهر . نقل ذلك في « الإنصاف » .

وقال في « التنقيح » : وحريم عين وقناة خمسمائة ذراع نصاً .

وفي « الفروع » : وحريم عين خمسمائة ذراع . نص عليه .

وعند جماعة : قدر الحاجة ، ولم يتعرض للقناة . فلعل صاحب « التنقيح » وجد بما قال الحارثي أنه المذهب في حريم القناة نصاً عند وضعه للـ « تنقيح » بعد « الإنصاف » . والله أعلم .

(**و**) حريم (**نهر**) احتُفر في موات (**من جانبيه : ما يحتاج إليه لطرح كرايته**) وهو : ما يلقى منه طلباً لسرعة جريه ، (**وطريق شاويِّه**) أي : القيم عليه ، والكراية والشاوي لم أجد لهما أصلاً في اللغة بهذا المعنى ولعلهما مولدتان من قبل أهل الشام ، (**ونحوهما**) أي : ونحو مطرح كرايته وطريق شاويه مما يرتفق به ومما يستضر صاحبه بتملكه عليه وإن كثر .

قال في « الرعاية » : وإن كان بجنبه مستقاة لغيره ارتفق بها في ذلك

---

(١) في أ : فيقدر .

(٢) مثل السابق .

ضرورة . وله عمل أحجار طحن على النهر ونحوه وموضع غرس وزرع ونحوهما . انتهى .

(و) حريم (**شجرة**) غرست في موات (**قدر مد أغصانها**) حواليها ؛ لما روى أبو داود بإسناده عن أبي سعيد قال : « اختصم إلى النبي ﷺ في حريم نخلة . فأمر بجريدة من جرائدها فزرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع . فقضى بذلك »[١] .

قال في « المغني » : وإن سبق إلى شجر مباح ؛ كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالمتحجر الشارع في الإحياء . فإن طَعِمَه مَلَكَه بذلك وحريمه ؛ لأنه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه . فهو كَسَوْق الماء إلى الأرض الموات . ولقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به »[٢] . انتهى .

وحكاه في « الإنصاف » فائدة ، واقتصر عليه .

(و) حريم (**أرض**) من موات (**تزرع : ما**) أي : محل (**يحتاج**) إليه (**لسقيها ، وربط دوابها ، وطرح سَبَخها ، ونحوه**) مما يرتفق به زارعها ؛ كمصرف مائها عند الاستغناء عنه .

(و) حريم (**دار من موات حولها**) أي : حواليها (**مطرح تراب وكُناسة وثلج وماء ميزاب ، وممر لباب**) ؛ لأن هذا كله مما يرتفق به ساكنها .

(**ولا حريم لدار محفوفة بملك**) أي : بملك غيره من كل جانب ؛ لأن الحريم من المرافق ، ولا يرتفق بملك غيره ؛ لأن مالكه أحق به .

(**ويتصرف كل منهم**) أي : من أرباب الأملاك (**بحسب عادة**) في الانتفاع . فإن تعدى العادة منع .

---

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٦٤٠) ٣ : ٣١٦ كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء .

(٢) سبق تخريجه ص (١٧) رقم (١) .

(**وإن وقع في**) قدر (**الطريق نزاع وقت الإحياء : فلها سبعة أذرع**) ؛ للخبر[1] .

(**ولا تُغيَّر بعد وضعها**) ؛ لأنها للمسلمين . نص عليه .

واختار ابن بطة : أن الخبر في أرباب ملك مشترك أرادوا قسمته ، واختلفوا في قدر حاجتهم .

(**ومن تَحَجَّر مَواتاً : بأن أدار حوله أحجاراً**) أو تراباً أو شوكاً أو حائطاً غير منيع ، (**أو حفر بئراً لم يصل ماؤها**) . نقله حرب ، (**أو سقى شجراً مباحاً وأصلحه ولم يُركّبه ، ونحوه**) ؛ كما لو حرث الأرض أو خندق حولها ، (**أو أُقطعه**) أي : أَقْطَعَه[2] له الإمام ليحييه فلم يحيه : (**لم يملكه**) بذلك ؛ لأن الملك إنما يكون بالإحياء ، ولم يوجد .

(**وهو**) أي : من شرع في إحياء شيء ولم يتمه (**أحق به**) من غيره ؛ لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له »[3] رواه أبو داود .

(**و**) كذا (**وارثه**) من بعده يعني : أنه يكون أحق به من غيره ؛ لقول النبي ﷺ : « من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته »[4] .

ولأنه[5] حق للموروث . فيقوم الوارث مقامه فيه ؛ كسائر الحقوق .

(**و**) يكون أيضاً (**من ينقله**) المتحجر (**إليه**) أحق به ممن سواه ؛ لأن المتحجر جعله مقامه فيه .

(**وكذا**) أي : وكما أن من تحجر مواتاً ونقله إلى غيره يكون بمنزلته (**من**

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « قضى النبي ﷺ إذا تشاجروا في الطريق بسبعة أذرع » . أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٣٤١) كتاب المظالم والغصب .

(٢) في ب : أقطع .

(٣) سبق تخريجه ص (١٧) رقم (١) .

(٤) أخرجه النسائي في « سننه » (١٩٦٣) ٤ : ٦٦ كتاب الجنائز ، الصلاة على من عليه دين .

(٥) في أ : ولا .

نزل عن أرض خَراجية بيده لغيره) . فإن المنزول له يكون أحق بها وورثته من بعده .

وليس للإمام أخذها منه .

قال ابن رجب في القاعدة السابعة والثمانين[1] : ومنها منافع الأرض الخراجية . فيجوز نقلها بغير عوض إلى من يقوم مقامه فيها ، وتنتقل إلى الوارث فيقوم مقام مورثه[2] فيها . وكذلك يجوز جعلها مهراً . نص عليه في رواية عبد الله .

ونص في رواية ابن هانىء وغيره : على جواز دفعها إلى الزوجة عوضاً عما تستحقه عليه من المهر . وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة .

فأما البيع فكرهه أحمد ونهى عنه ، واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها ؛ لئلا يتخذ طريقاً إلى بيع رقبة الأرض التي لا تملك . بل هي إما وقف وإما فيء للمسلمين جميعاً .

ونص في رواية المروذي : على أنه يبيع آلات عمارته بما تساوي .

وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى .

وكذلك نقل عنه ابن هانىء أنه قال : يُقوم دكانه وما فيها من غلق وكل شيء يحدثه فيه فيعطى ذلك ، ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان .

ورخص في رواية عنه : في شراءها دون بيعها ؛ لأن شراءها استنقاذ لها بعوض ممن يتعدى بالتصرف فيها وهو جائز .

ورخص في رواية المروذي أيضاً في بيع ما يحتاج إليه للنفقة منها ، وإن كان فيه فضل عن النفقة تصدق به . وكل هذا بناء على أن رقبة هذه الأرض وقفها عمر [رضي الله عنه] .

ومن الأصحاب من حكى رواية [أخرى] بجواز البيع مطلقاً ؛ كالحلواني

---

(١) ص : ١٩٩ ـ ٢٠١ . وما بين الأقواس من « القواعد » .

(٢) في أ و ب : موروثه .

وابنه . وكذلك خرّجها ابن عقيل من نص أحمد على صحة وقفها . ولو كانت وقفاً لم يصح وقفها . وكذلك وقع في كلام أبي بكر وابن شاقلاء وابن أبي موسى ما يقتضي الجواز . وله مأخذان :

أحدهما : أن الأرض ليست وقفاً . وهو مأخذ ابن عقيل . وعلى هذا فإن كانت مقسومة فلا إشكال في ملكها ، وإن كانت فيئاً لبيت المال ، وأكثر كلام أحمد يدل عليه فهل تصير وقفاً بنفس الانتقال إلى بيت المال [أم لا]؟ على وجهين .

فإن قلنا : لا تصير وقفاً فللإمام بيعها وصرف ثمنها في المصالح .

وهل له إقطاعها إقطاع تمليك؟ على وجهين . ذكر ذلك القاضي في « الأحكام السلطانية » .

والمأخذ الثاني : أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض . وهذا اختيار الشيخ تقي الدين . ويدل عليه من كلام أحمد : أنه أجاز دفعها عوضاً عن المهر . ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة . وإن كان القاضي وابن عقيل والأكثرون صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة . والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان :

أحدهما : منافع الأعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها . فهذه قد جوز الأصحاب بيعها في مواضع .

* منها : [أن] أصل وضع الخراج على أرض العنوة إذا قيل هي فيء فإنه ليس بأجرة ، بل هو شبيه بها ومتردد بينها وبين البيع .

* ومنها المصالحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها . وليس بإجارة محضة ؛ لعدم تقدير المدة . وهو شبيه بالبيع .

* ومنها : لو أعتق عبده واستثنى خدمته سنة فهل له أن يبيعها منه؟ على روايتين . ذكرهما ابن أبي موسى وهما منصوصتان عن أحمد . ولا يقال : هو لا يملك بيع العبد في هذه الحال ؛ لأن هذه المنافع كان يملك المعاوضة منها في حال الرق . وقد استبقاها بعد زواله . فاستمر حكم المعاوضة عليها ؛ كما يستمر

حكم وطء المكاتبة إذا استثناه في عقد الكتابة . وهل الكتابة إلا عقد معاوضة على المنافع ؟

النوع الثاني : المنافع التي ملكت مجردة عن الأعيان ، أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة . فهذا[1] محل الخلاف الذي نتكلم فيه[2] هاهنا . والله أعلم . انتهى .

(أو) نزل إنسان (**عن وظيفة لآهل**) أي : لمن فيه أهلية لها .

قال في « الفروع » : بعد أن ذكر مسألة متحجر الموات وأن من ينقله إليه أحق به : ويتوجه مثله في نزوله عن وظيفة لزيد . هل يتقرر غيره ؟ وقال شيخنا فيمن نزل عن وظيفة الإمامة : لا يتعين المنزول له ويولي من إليه الولاية من يستحق التولية شرعاً . انتهى .

قال ابن أبي المجد : التوجيه المذكور إذا كان النزول متوقفاً على الإمضاء ؛ كشرط واقف أو غيره فإن النزول حينئذٍ لم ينبرم ولم يتم فهو شبيه بالمتحجر ، إذ المتحجر لا يتم ملكه إلا بالإحياء ، والنزول لا يتم إلا بالإمضاء . فما بين المتحجر والإحياء كما بين النزول والإمضاء . فكما أن المبادِرَ إلى الإحياء فيما بين ذلك لا يملكه ، ولا يبطل حق المتحجر في المحيى بل حقه قائم به على المذهب ، فكذلك المبادر إلى التقرير في الوظيفة المنزول عنها لا يستحقها ، ولا يبطل حق المنزول له فيما نزل له عنه بل حقه قائم به متوقف لزومه على الإمضاء . فإن وُجد انبرم وتم النزول له ، وإلا كان المنزول عنه للنازل ؛ لأنه لم يرغب عنه رغبة مطلقة بل مقيدة بحصوله للمنزول له ولم يحصل . وليس للناظر التقرير في مثل هذا إنما يقرر فيما هو خال عن يد مستحق أو في يد من يملك انتزاعه منه لمقتض شرعي . فحينئذ يكون تقريره سائغاً ، ويكون من أطلق القول بأن الناظر يقرر من شاء محمولاً على من رغب عنه رغبة مطلقة ، ولم يكن المنزول له أهلاً . ففي هذا يتجه القول به .

---

(١) في ج : فهذه .
(٢) في ج : فيها .

وأما إذا لم يكن النزول مشروطاً بالإمضاء وكان المنزول له أهلاً فلا ريب أنه ينتقل إليه عاجلاً بقبوله . ولا يتوقف على تقرير ناظر ولا مراجعته ، إذ هو حق له نقله إلى غيره وهو مطلق التصرف في حقوقه ليس محجوراً عليه في شيء منها . أشبه سائر حقوقه إذ لا فرق .

وله شواهد من كلامهم : منها : ما ذكروه في المتحجر أن من نقله إليه يكون أحق به من غيره . وكذا ذكروا أن من بيده أرض خراجية ليس للإمام انتزاعها منه ودفعها إلى غيره . وإن نزل عنها أو آثر بها غيره صار الثاني أحق بها مع أن للإمام[1] نظراً ولم يعتبروه فكذا هذا . والله أعلم . انتهى .

(**أو آثر**) إنسان (**شخصاً بمكانه في الجمعة**) يعني : فإنه يكون أحق به .

قال في « التنقيح » بعد أن ذكر مسألة النزول عن الأرض الخراجية : قلت : وقريب منه ما صححه المصنف وغيره لو آثر شخصاً بمكانه في الجمعة لم يكن لغيره سبقه إليه ؛ لأنه أقامه مقامه في استحقاقه . أشبه من تحجر مواتاً أو سبق إليه وآثر به . وخالف ابن عقيل . انتهى .

(**وليس له**) أي : لمن هو أحق بشيء كمتحجر الموات ونحوه (**بيعه**) ؛ لأنه لم يملكه . فلم يملك بيعه ؛ كحق الشفعة قبل الأخذ ، وكمن سبق إلى مباح .

وقيل : بلى .

(**فإن طالت المدة**) أي : مدة التحجر (**عُرفاً ، ولم يتم إحياؤه ، وحصل مُتشَوِّف لإحيائه : قيل له**) أي : قال له الإمام أو نائبه : (**إما أن تحييه أو تتركه**) ليحييه غيرك ؛ لأنه ضيّق على الناس في حقٍّ مشترك بينهم . فلم يُمكَّن من ذلك ؛ كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع .

(**فإن طلب المهلة لعذر : أُمهل ما يراه حاكم ، من نحو شهر أو ثلاثة**) .

---

(١) في أ : الإمام .

وإن لم يكن له عذر قيل له : إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك . فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

(و) حيث أمهل لعذر (**لا يُملك بإحياء غيره فيها**) أي : في مدة الإمهال ؛ لمفهوم قوله ﷺ : « من أحيى أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له »[١] .

ولأنه إحياء في حق غيره . فلم يملكه ؛ كما لو أحيى ما يتعلق به مصالح ملك غيره .

ولأن حق المتحجر أسبق . فكان أولى ؛ كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري . وفيه وجه : بلى .

(**وكذا**) أي : وكما أن محيي الموات المتحجر في مدة الإمهال لا يملكه بالإحياء لتعلق حق المتحجر به (**لا يُقرر**) في الأرض الخراجية ولا في الوظيفة المنزول عنهما[٢] لآهل (**غير منزول له**) ؛ لتعلق حقه بذلك .

(و) كذا (**لا**) يكون (**لغير المؤثر أن يسبق**) إلى المكان المؤثر به غيره ؛ لتعلق حق المؤثر به .

وعلم مما تقدم أنه لو أحياه إنسان بعد انقضاء مدة المهلة أنه يملكه وهو صحيح . قال في « الإنصاف » : لا أعلم فيه خلافاً . انتهى .

وللإمام إقطاع موات لمن يحييه ؛ لما روي « أنه ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق »[٣] .

و « **أقطع وائل بن**[٤] **حجر أرضاً** »[٥] .

و « **أقطع أبا بكر وعمر وعثمان وجمعاً من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين** »[٦] .

---

(١) سبق تخريجه ص (١٢) رقم (٢) .

(٢) في ب : عنها .

(٣) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٦٧٩) ص : ٢٥٣ كتاب أحكام الأرضين ، باب الإقطاع .

(٤) ساقط من أ .

(٥) سيأتي تخريجه قريباً .

(٦) ر . « الأموال » ص : ٢٥٦ ـ ٢٥٧ .

ويصير مقطَعه كمتحجره ؛ لأنه ترجح بالإقطاع على غيره ؛ كما ترجح المتحجر على غيره بتحجيره .

فإن طالت المدة عرفاً ولم يحيه قيل له ما يقال للمتحجر ، ويمهل لعذر بقدر ما يمهله المتحجِّر .

وإن لم يكن للمقطع عذر في ترك العمارة قيل له كما يقال للمتحجر : إما أن تعمره ، وإما أن ترفع يدك . وإن لم يكن للمتحجر ولا للمقطع عذر واستمر التعطيل حتى مضت ثلاث سنين فجاء قوم فعمروا المُقْطَع أو المُتَحَجِّر من المَوَات فهو أحق به .

والأصل في ذلك ما روي « أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع . فلما كان عمر قال لبلال : إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه على الناس إنما أقطعك لتعمره فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي »[١] . رواه أبو عبيد في « الأموال » .

وذكر سعيد في « سننه » : حدثنا[٢] عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال : سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول : « إن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر بن الخطاب قال : ما أُقطعته لتحتجبه . فأقطعه الناس » .

وروى علقمة بن وائل عن أبيه : « أن النبي ﷺ أقطعه أرضاً بحضرموت »[٣] . قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

وقال سعيد : أنبأنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب : « أن رسول الله ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطَّلوها فجاء قوم فأحيوها . فخاصمهم الذين أقطعهم رسولُ الله ﷺ إلى عمر بن الخطاب رضي الله تعالى

---

(١) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٧١٣) ص : ٢٦٧ كتاب أحكام الأرضين ، باب إحياء الأرضين . . .

(٢) في أ : حديث .

(٣) أخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٨١) ٣ : ٦٦٥ كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القطائع .

عنه . فقال عمر : لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردها ، ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها ، ثم قال عمر : من كانت له أرض ـ يعني : من تحجر أرضاً ـ فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » .

ولا يَملك الموات من أُقطعه حتى يحييه ؛ لأنه لو ملكه بمجرد الإقطاع لما جاز استرجاعه .

وقال الحارثي : وقال مالك : يثبت الملك بنفس الإقطاع يبيع ويهب ويتصرف يورث عنه .

قال الحارثي : وهو الصحيح إعمالاً بحقيقة الإقطاع وهو التمليك . ذكره عن في « الإنصاف » .

وقال : فائدتان :

* إحداهما : للإمام إقطاع غير الموات تمليكاً وانتفاعاً للمصلحة دون غيرها .

* الثانية : قسّم الأصحاب الإقطاع إلى ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، وإقطاع استغلال ، وإقطاع إرفاق ، وقسّم القاضي إقطاع التمليك إلى : موات ، وعامر ، ومعادن . وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين عشر وخراج . انتهى .

قال[1] في « المغني » : ولا ينبغي أن يُقطع الإمام أحداً من الموات إلا ما يمكنه إحياؤه ؛ لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه . فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه : استرجعه منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العقيق التي أقطعه إياه رسول الله ﷺ . انتهى .

وقد تقدم حكم ذلك في المتن .

(وللإمام إقطاع جلوس بطريق واسعة ، ورحبة مسجد غير محوطة : ما لم يُضيّق على الناس) .

---

(١) في أ : وقال .

قال في « المغني » : فصل في القطائع . وهي ضربان :

أحدهما : إقطاع إرفاق ، وذلك إقطاع مقاعد الأسواق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن للسابق إليها الجلوس فيها . فللإمام إقطاعها لمن يجلس فيها ؛ لأن له في[1] ذلك اجتهاداً من حيث : إنه لا يجوز له الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة . فكان للإمام أن يُجلس فيها من لا يرى أنه يضر بجلوسه .

(**ولا يملكه مُقطَع**) بذلك . (**بل يكون أحق به**) أي : بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع سواء ، إلا في شيء واحد وهو : أن السابق إذا نقل متاعه منها فلغيره الجلوس فيها ؛ لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ومقامه فيها . فإذا انتقل عنها زال استحقاقه ؛ لزوال المعنى الذي استحق به . وهذا استحق بإقطاع الإمام . فلا يزول حقه بنقل متاعه ، ولا لغيره الجلوس فيه .

(**ما لم يَعُدِ الإمام في إقطاعه**) ؛ لأنه كما أن له اجتهاد في الإقطاع له اجتهاد في استرجاعه .

وعلم مما تقدم أن رحبة المسجد لو كانت محوطة لم يكن له إقطاع الجلوس فيها ؛ لأنها حينئذ تكون من[2] المسجد .

(**وإن لم يُقطع**) ذلك لأحد (**فالسابق**) إلى الجلوس فيها (**أحق**) به : (**ما لم يُنقل قُماشه عنها**) ؛ لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به »[3] .

ولما روى الزبير بن العوام أن النبي ﷺ قال : « لأن يحمل أحدكم حبلاً فيحتطب به ثم يجيء فيضعه في السوق فيبيعه ثم يستغني به فينفقه على نفسه : خيرٌ له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه »[4] رواه أحمد .

ومحل ذلك : ما لم يضيق على أحد ولا يضر بالمارة .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : في .

(٣) سبق تخريجه ص (١٧) رقم (١) .

(٤) أخرجه أحمد في « مسنده » (١٤٠٧) ١ : ١٦٤ .

ولاتفاق أهل الأمصار في سائر الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار .

ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار . فلم يمنع منه ؛ كالاجتياز .

وعلم مما تقدم أنه إذا قام وترك متاعه أنه لا يجوز لغيره إزالته ، وأنه إذا نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيه ولو لم يأت الليل . وهو الصحيح .

وعنه : أنه يكون أحق به إلى الليل .

وظاهر ما تقدم أنه لا يحتاج في ذلك إلى إذن الإمام . وفيه وجه .

(**فإن أطاله**) أي : أطال الجلوس من غير إقطاع (**أُزيل**) ؛ لأنه يصير كالتملك . ويختص بنفع يساويه فيه غيره . وفيه وجه .

(**وله**) أي : لمن هو أحق بالجلوس بإقطاع الإمام أو بسبقه (**أن يستظل بما**) ليس ببناء مما (**لا يضر ؛ ككساء**) ونحوه ؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك .

(**وإن سبق اثنان فأكثر إليه**) أي : إلى ما تقدم ذكره ، (**أو إلى خان مسبَّل ، أو رباط أو مدرسة أو خانكاة ولم يتوقف**) الانتفاع (**فيها إلى تنزيل ناظر**) وضاق المكان عن انتفاع جميعهم : (**أُقرع**) ؛ لأنهم استووا في السبق . والقرعة مميزة .

وقيل : يقدم الإمام من يرى منهم ؛ لأنه أعلم بالمصلحة في ذلك .

(**والسابق إلى معدن أحق بما يناله**) منه . سواء كان المعدن باطناً أو ظاهراً ؛ لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له »[1] .

(**ولا يمنع إذا طال مقامه**) ؛ للخبر .

وقيل : بلى .

وقيل : إن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره : مُنع منه .

(**وإن سبق عدد**) إلى معدن ، (**وضاق المحل عن الأخذ جملة : أُقرع**) ؛

---

(١) سبق تخريجه ص (١٧) رقم (١) .

لأنه لا أحقيّة لبعضهم فيقدم ، ولا نقص في بعضهم فيؤخر . فلم يبق إلا القرعة .

وقيل : يقسم بينهم .

وقيل : يقدم الإمام من يرى تقديمه .

وذكر القاضي وجهاً رابعاً وهو : أن الإمام ينصب من يأخذ لهم ويقسم عليهم .

(**والسابق إلى**) أخذ شيء (**مباح ؛ كصيد وعنبر وحطب وثمر**) وما ينبع من المياه في الموات ، (**ومنبوذ رغبة عنه**) ؛ كالعظم الذي به شيء من اللحم رُغِب عنه ، وكالنِّثار في الأعراس ونحوها ، وما يتركه الحصاد من الزرع واللِّقاط من الثمر رغبة عنه : (**أحق به**) . فيملكه بأخذه . سواء كان الآخذ مسلماً أو ذمياً .

(**ويقسم بين عدد**) لم يسبق أحد منهم إليه ولم يتأخر عن باقيهم (**بالسويَّة**) ؛ لأنهم استووا في السبب . والقسمة ممكنة . وحذاراً من تأخير الحق .

وقيل : يقرع .

وقيل : يقدم الإمام باجتهاده .

وظهور الأحقية منهم من أداه اجتهاده إليه ؛ كأموال بيت المال . ولا فرق بين ذي الحاجة منهم وغيره ؛ لأن الاستحقاق بالسبب لا بالحاجة .

***

فصل : في الحِمى

قال في « القاموس » : حمى الشيء يحميه حمياً وحِماية بالكسر ، ومحمية منعه . ثم قال : وأحمى المكان جعله حمى لا يُقرب . انتهى .

وكان في الجاهلية من إذا انتجع بلداً أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث ما انتهى صوته حماه من كل جانب[1] لنفسه ، ورعى مع العامة فيما سواه .

فنهى رسول الله ﷺ عنه ؛ لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق ، وجاء الشرع : بأنه لا حمى إلا لله ورسوله .

روى الصعب بن جثامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا حمى إلا لله ولرسوله »[2] . رواه أبو داود .

ولم يحم النبي ﷺ لنفسه شيئاً وإنما حمى للمسلمين .

روى ابن عمر قال : « حمى النبي ﷺ النقيع لخيل المسلمين »[3] . رواه أبو عبيد .

والنقيع : بالنون موضع ينبع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان ما يصير فيه من الماء .

وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً ، ولهم على

---

(١) في أ و ب : ناحية .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٠٨٣) ٣ : ١٨٠ كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل .

(٣) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٧٤٠) ص : ٢٧٤ كتاب أحكام الأرضين ، باب حمى الأرض ذات الكلأ .

أصح قولي العلماء : أن يحموا مواضع ليرعى فيها خيل المجاهدين ، ونَعم الجزية ، وإبل الصدقة ، وضوالّ الناس التي يقوم بحفظها ، وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس . وإلى ذلك أشير بقوله :

(**ولإمام**) أي : القائم بأمر المسلمين (**لا غيره إقطاع غير موات : تمليكاً وانتفاعاً للمصلحة ، وحمى مَوات لرعي دواب المسلمين التي يقوم بها ما لم يُضيِّق**) على الناس ؛ لما روى أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال : « أتى أعرابي عمر فقال : يا أمير المؤمنين! بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام علام تحميها ؟ فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه . وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ . فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك . فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله . والله ! لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر »[(١)] .

قال مالك : « بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر »[(٢)] .

وعن أسلم قال : « سمعت عمر يقول لهُنَيٍّ حين استعمله على حمى الرَّبَذَة : يا هني ! اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة ، وأدخل رب الصُّريمة والغُنَيْمة . ودعني من نَعَم ابن عوف ونعم ابن عفان . فإنهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع ، وإن هذا المسكين إن هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين ! فالكلأ أهون عليَّ أم غرم الذهب والوَرِق ؟ إنها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام . وإنهم ليرون أنَّا نظلمهم . ولولا النعم التي يُحمل عليها في سبيل الله ما حميت على الناس من بلادهم شيئاً أبداً »[(٣)] .

---

(١) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٧٤٢) ص : ٢٧٥ الموضع السابق .

(٢) أخرجه مالك في « موطئه » (٣٨) ٢ : ٣٧٠ كتاب الجهاد ، باب ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله .

(٣) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٧٤١) ص : ٢٧٤ كتاب أحكام الأرضين ، باب حمى الأرض ذات الكلأ .

ووجه هذا القول : أن ما كان من مصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام النبي ﷺ .

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما أطعم الله لنبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده »[1] .

وروي أيضاً : أن عثمان حمى . واشتهر ولم ينكر فكان كالإجماع .

واحتج القائل بأنه ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي بقوله « لا حمى إلا لله ولرسوله »[2] .

وأجيب عنه : بأنه مخصوص بما يحميه الإمام لنفسه فإنه يفارق حمى النبي ﷺ لنفسه ؛ لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين ، وماله كان يرده في المسلمين . ففارق الأئمة في ذلك وساووه فيما كان صلاحاً للمسلمين . ولهذا اشترط في جواز الحمى : أن لا يكون في قدر يُضيِّق على المسلمين ؛ لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة ، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر المسلمين بالتضييق عليهم .

(**وله**) أي : وللإمام إذا حمى محلاً (**نقضُ ما حماه**) باجتهاده (**أو**) حماه (**غيره من الأئمة**) ؛ لأن حمى الأئمة اجتهاد فيجوز نقضه باجتهاد آخر . وينبغي على ذلك أنه لو أحياه إنسان ملكه ؛ لأن ملك الأرض بالإحياء منصوص عليه . والنص مقدم على الاجتهاد .

وقيل : لا يجوز لإمام نقض ما حماه غيره من الأئمة ، كما لا يجوز له نقض حكمه .

(**لا ما حماه رسول الله ﷺ**) فإنه لا يجوز لأحد نقضه ؛ لأن النص[3] لا ينقض بالاجتهاد .

---

(١) أخرجه أحمد في « مسنده » (١٤) ١ : ٤ بمعناه .

(٢) سبق تخريجه ص (٣٧) رقم (٢) .

(٣) في أ : النقض .

(**ولا يملك بإحياء ولو لم يحتج إليه**) أي : إلى ما حماه النبي ﷺ .

قال في « الإنصاف » : لكن لو زالت الحاجة إليه فهل يجوز نقضه؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز . وهو الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب ، وجزم به في « الوجيز » وغيره . انتهى .

وإذا كان الحمى لكافة الناس تساوى فيه جميعهم . فإن خص به المسلمون اشترك فيه غنيهم وفقيرهم ومنع منه أهل الذمة . وإن خص به الفقراء منع منه الأغنياء وأهل الذمة .

ولا يجوز أن يُخص به الأغنياء دون الفقراء ولا أهل الذمة . فلو امتنع الحمى المخصوص لعموم الناس جاز أن يشتركوا فيه ؛ لارتفاع الضرر على من يُخص به ، ولو ضاق الحمى العام عن جميع الناس لم يجز أن يختص به أغنياؤهم . وفي فقرائهم قول .

ولا يجوز لأحد أن يأخذ من أرباب الدواب عوضاً من رعي موات أو حمى ؛ لأنه عليه السلام شرَّك الناس فيه . قاله في « الأحكام السلطانية » .

***

[فصل : في أحكام الانتفاع بالمياه غير المملوكة]

(**فصل**) يذكر فيه مسائل من أحكام الانتفاع بالمياه غير المملوكة ونحو ذلك .

ثم الماء لا[1] يخلو من حالين : إما أن يكون جارياً أو واقفاً . فإن كان جارياً فهو ضربان :

* أحدهما : أن يكون في نهر غير مملوك . وهو قسمان :

أحدهما : أن يكون نهراً عظيماً ؛ كالنيل والفرات وما أشبههما من الأنهار العظيمة التي لا يستضر أحد بسقيه منها . فهذه لكل أحد أن يسقي منها ما شاء متى شاء .

القسم الثاني : أن يكون نهراً صغيراً أو سيلاً يتشاحّ الناس في مائه . وهذا المشار إليه بقوله :

(**ولمن في أعلا ماء غير مملوك ؛ كالأمطار والأنهر الصغار : أن يسقي ويحبسه**) أي : الماء (**حتى يصل إلى كعبه ، ثم يُرسله إلى من يليه**) أي : من يلي من سقى أولًا ، (**ثم هو**) أي : الذي أرسل إليه الماء (**كذلك**) أي : يفعل كما فعل الأول ، (**مرتباً**) أي : ثم الذي يليه يفعل كما فعلا . وعلى هذا يكون الحال إلى أن تنتهي الأراضي كلها (**إن فضل شيء**) عمن قلنا له السقي والحبس ، (**وإلا فلا شيء للباقي**) أي : لمن بعده ؛ لأنه ليس له إلا ما **فضل** . فهو[2] كالعصبة مع أهل الفروض في الميراث .

والأصل في هذا ما روى عبادة أن النبي ﷺ : « قضى في شرب النخل من

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ و ب : فهم .

السيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ، ويترك الماء إلى الكعبين . ثم يرسل إلى الأسفل الذي عليه . وكذلك حتى تنقضي الحوائط أو يفنى الماء »[١] . رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد .

وما روى عبد الله بن الزبير « أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شَرَاج الحرّة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ . فقال ﷺ : اسق يا زبير ! ثم أرسل الماء إلى جارك . فغضب الأنصاري . وقال : يا رسول الله ! إن كان ابن عمتك . فتلوّن وجه النبي ﷺ . ثم قال : يا زبير ! اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر . قال الزبير : فوالله ! إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ [النساء : ٦٥] »[٢] . متفق عليه .

رواه مالك في « موطئه » عن الزهري عن عروة عن عبد الله بن الزبير .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال : « نظرنا في قول النبي ﷺ : ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر وكان ذلك إلى الكعبين » .

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج : نهر صغير ، والحرة : أرض ملبسة[٣] بحجارة سود . والجدر الجدار .

وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء ؛ تسهيلاً على غيره . فلما قال الأنصاري ما قال استوعى النبي ﷺ للزبير حقه .

وروى مالك في « الموطأ » أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه بلغه : « أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينيب : يمسك حتى الكعبين . ثم يرسل الأعلى على الأسفل »[٤] .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٤٨٣) ٢ : ٨٣٠ كتاب الرهون ، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء .
وأخرجه أحمد في « مسنده » (٢٢٨٣٠) ٥ : ٣٢٧ .

(٢) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٢٣٣) ٢ : ٨٣٢ كتاب المساقاة ، باب شرب الأعلى إلى الكعبين .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (٢٣٥٧) ٤ : ١٨٢٩ كتاب الفضائل ، باب وجوب اتباعه ﷺ .

(٣) في ب : ملتبسة .

(٤) أخرجه مالك في « موطئه » (٢٨) ٢ : ٥٧٠ كتاب الأقضية ، باب القضاء في المياه .

قال ابن عبد البر : هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة ، معمول به عندهم .

قال عبد الملك بن حبيب : مهزور ومذينيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر ويتنافس أهل الحوائط في سيلهما .

وروى أبو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبي مالك « أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة . فخاصم إلى رسول الله ﷺ في مهزور السيل الذي يقتسمون ماءه . فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين . لا يحبس الأعلى على الأسفل »[1] .

ولأن من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق إلى الماء . فكان أولى به ؛ كمن سبق إلى المشرعة .

(**فإن كان لأرض أحدهم أعلى وأسفل**) يعني : أنه من كانت أرضه مختلفة منها مستعلية ومنها مستفلة : (**سقى كلًا**) من ذلك (**على حدته**) أي : على انفراده .

(**ولو استوى اثنان فأكثر في قرب**) من أول النهر ، (**قُسم**) الماء بينهم (**على قدر الأرض**) أي : أرض كل منهم . فلو كان لأحدهم جريب ولآخر جريبان ولآخر ثلاثة : كان لرب الجريب السدس ، ولرب الجريبين الثلث ، ولرب الثلاثة النصف ؛ لأن الزائد في أرض مَنْ أرضه أكثر مساوٍ في القرب . فاستحق جزءاً من الماء ؛ كما لو كانوا ستة لكل واحد منهم جريب فإنهم كانوا يستوون في الماء .

ومحل ذلك : (**إن أمكن**) قَسْمه ، (**وإلا**) أي : وإن لم يمكن قسمه (**أُقرع**) بينهم . فمن خرجت له القرعة قُدِّم بالسقي . فيسقي منه بقدر حقه . ثم يقرع بين الآخرين فمن قرع سقى بقدر حقه ثم تركه للآخر .

وليس لمن تخرج له القرعة أن يسقي بجميع الماء ؛ لأن من لم تخرج له

---

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٦٣٨) ٣ : ٣١٦ كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء .

يساويه في استحقاق الماء ، وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق . بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى . وهذا معنى قول المتن :

(**فإن لم يفضل عن واحد سقى القارع بقدر حقه**) يعني : أن الماء لو كان قليلاً بحيث لا يفضل عن كفاية أرض من خرجت له القرعة لا يسقي منه إلا بقدر ماله فيه ؛ لئلا يستهلك شيئاً من حصة شريكيه أو شريكه فيفوت به الحق أو بعضه .

(**وإن أراد إنسان إحياء أرض بسقيها منه**) أي : من السيل والنهر الصغير : (**لم يُمنع**) أي : ليس لمن له حق في هذا الماء منعه من الإحياء ؛ لأن حقه في الماء لا في الموات . (**ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه**) فإنهم يملكون منعه ؛ لأنه حيث كان ذلك يضرهم كان لهم دفع الضرر الحاصل من ذلك بمنعه .

(**و**) حيث كان ذلك لم يضرهم وفعل (**لا يسقي قبلهم**) ؛ لأنهم أسبق إلى النهر منه .

ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها فلا يملك غيره إبطال حقوقها ، وسبقهم إياه بالسقي من حقوقها .

وقيل : لهم منعه إن كان ما يريد إحياءه أقرب إلى رأس النهر من[1] أرضهم ؛ لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقي ؛ لتقديمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجُهل الحال .

وقيل : وله أن يسقي قبلهم .

(**و**) على الأول (**لو أحيى**) إنسان (**سابق**) غيره مواتاً (**في أسفله**) أي : النهر ، (**ثم**) أحيى إنسان (**آخر**) مكاناً (**فوقه**) أي : فوق الذي أحياه الأول ، (**ثم**) أحيى إنسان (**ثالث**) مكاناً (**فوق**) مكان (**ثان**) وأرادوا السقي : (**سقى**

---

(١) في أ و ب : في .

المحيي أولاً) وهو الأسفل ، **(ثم ثان)** في الإحياء وهو الذي فوق الأسفل ، **(ثم ثالث)** في الإحياء وهو الذي فوق الثاني . وإنما كان كذلك ؛ لأن العبرة في التقدم بالسبق إلى الإحياء لا إلى أول النهر .

وقيل : بل العبرة بالسبق إلى أول النهر فينعكس ذلك .

* الضرب الثاني : الماء الجاري في نهر مملوك . وإلى ذلك أشير بقوله :

(وإن حُفر نهر صغير وسِيقَ ماؤه من نهر كبير : مُلك) أي : فيصير حافره مالكاً للماء الداخل إليه وقراره وحافتيه بانتهاء الحفر إلى قصده .

(وهو) أي : هذا النهر يكون **(بين جماعة)** اشتركوا في حفره ، **(على حسب عمل ونفقة)** ؛ لأنه إنما مُلك بالعمارة ، والعمارة بالنفقة .

(فإن) كفاهم لما يحتاجون إليه منه فلا كلام ، وإن **(لم يكفهم وتراضوا على قسمته)** بالمهايأة أو غيرها : **(جاز)** ؛ لأنه حقهم لا يخرج عنهم .

(وإلا) أي : وإن لم يتراضوا على قسمته بأن تشاحوا في قسمته **(قسمه حاكم على قدر ملكهم)** أي : قسم لكل واحد من الماء بقدر ما يملك من النهر . فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستوٍ من الأرض في مصدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة .

فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك .

فإن كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه : جعل فيه ستة ثقوب : لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد .

وإن كان لواحد الخمسان والباقي لاثنين يتساويان فيه : جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمسان أربعة نصب في ساقيته ، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له ،

وإن كان النهر لعشرة لخمسة منهم أراضي قريبة من أول النهر ولخمسة أراضي بعيدة : جعل لأصحاب القريبة خمسة ثقوب ، لكل واحد ثقب ، وجعل

للباقين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم يقسم بينهم قسمة أخرى .

وإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاه ؛ لأنه متصرف في ساقيته ويخرب حافتيها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز . فلم يجز ذلك .

إذا تقرر هذا (**فما حصل لأحدهم في ساقيته تصرف فيه بما أحب**) ؛ لأنه انفرد بملكه . فله أن يسقي به ما شاء من الأرض . سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لا ؛ كما لو انفرد به من أصله . وله أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو غير ذلك ؛ لأنها ملكه لا حق لغيره فيها .

(**والمشترك ليس لأحدهم أن يتصرف فيه بذلك**) ولا نحوه بغير إذن شركائه . لكن لكل إنسان أن يأخذ من الماء الجاري المملوك وغيره لشربه ووضوءه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به في أشباه ذلك ، مما لا يؤثر فيه من غير إذن مالكه إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه .

ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك ؛ لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل . . . »[1] رواه البخاري .

فأما ما يؤثِّر فيه ؛ كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذله كذلك ، وإلا فلا . وقد تقدم حكمه .

(**ومن سبق إلى قناة لا مالك لها . فسبق**) إنسان (**آخر إلى بعض أفواهها من فوق أو**) من (**أسفل : فلكل**) منهما (**ما سبق إليه**) من ذلك .

(**ولمالك أرض منعه من الدخول بها ، ولو كانت رسومها**) أي : القناة (**في**

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٢٣٠) ٢ : ٨٣١ كتاب المساقاة ، باب إثم من منع ابن السبيل من الماء .

أرضه ، و) أنه **(لا يملك تضييق مجرى قناة في أرضه : خوف لص)** ؛ لأنه لصاحبها . نص على الكل .

وقال أبو بكر : إن لم يصل إلى عمارتها إلا في الأرض فليس له منعه .

قال في « الفروع » : يعني على رواية حنبل ، وقد ذكر إجبار عمر محمد بن مسلمة على إجراء الماء في أرضه كل ما كان على هذه الجهة . وفيه ضرر يمنع صاحبه . فإن أجاب وإلا أجبره السلطان .

ونقل المروذي في نهر لضِياع : أَكره الاستئجار عليه .

ونقل يعقوب فيمن غصب حقه من ماء مشترك : للبقية أخذ حقهم .

(ومن سُدَّ له ماء لجاهه . فلغيره السقي منه لحاجة : ما لم يكن تركه يردُّه على من سُدَّ عنه) .

نقل مثنى : من سُد له الماء لجاهه أفأسقي منه إذا لم يكن تركي له يرده على من يسد عنه ؟ فأجازه بقدر حاجتي . انتهى .

* * *

[باب : الجعالة]

هذا (باب) يذكر[1] فيه مسائل من أحكام الجُعالة . بتثليث الجيم عن ابن مالك .

وهي مشتقة من الجُعْل بمعنى التسمية . ومنه قوله تعالى : ﴿ وَجَعَلُوا۟ ٱلْمَلَٰٓئِكَةَ ٱلَّذِينَ هُمْ عِبَٰدُ ٱلرَّحْمَٰنِ إِنَٰثًا ﴾ [الزخرف : ١٩] . أي : سموهم .

ولأن الجاعل يسمي الجُعْل لمن يعمل له العمل بذكره له .

وقيل : من الجُعْل بمعنى الإيجاب ، يقال : جعلت له كذا، أي: أوجبت .

ويسمى ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله جُعلاً وجُعالة وجعيلة . قاله ابن فارس . والأصل في مشروعيتها قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ [يوسف : ٧٢] .

وكان معلوماً عندهم ؛ كالوسق . وشرع من قبلنا شرعٌ لنا ما لم يكن في شرعنا ما يخالفه .

وحديث اللديغ[2] شاهد بذلك[3] .

---

(١) في ب : تذكر .

(٢) في ب : اللذيع .

(٣) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : « أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب فلم يقروهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا : هل معكم من دواء أو راق فقالوا : إنكم لم تقرونا ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء فجعل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ فأتوا بالشاء فقالوا : لا نأخذه حتى نسأل النبي ﷺ فسألوه فضحك وقال : وما أدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لي بسهم » . أخرجه البخاري في « صحيحه » (٥٤٠٤) ٥ : ٢١٦٦ كتاب الطب ، باب الرقى بفاتحة الكتاب .

مع أن الحكمة تقتضيه والحاجة تدعو إليه . فإنه قد لا يوجد من يتبرع بالعمل فاقتضت جواز ذلك .

ثم (**الجعالة**) شرعاً : (**جَعْلُ**) أي : تسمية مال (**معلوم**) إن كان من مسلم . (**لا**) إن كان (**من مال محارب**) فإنه لا يشترط فيه العلم . (**فيصح مجهولاً لمن**) متعلق بجعل (**يعمل له**) أي : للجاعل (**عملاً ولو**) كان العمل (**مجهولاً**) ؛ كمن خاط لي ثوباً فله كذا . (**أو**) لمن يعمل له (**مدة ولو مجهولة**) ؛ كمن حرس زرعي[1] فله في كل يوم كذا .

ومثاله في العمل المعلوم والمدة المعلومة ؛ (**كمن رد لقطتي ، أو بنى لي هذا الحائط ، أو**) من (**أقرضني زِيدَ بجاهه ألفاً ، أو أَذِّن بهذا المسجد شهراً فله كذا ، أو من فَعَلَه من مَدِينـيّ**) أي : ممن لي عليهم الدين (**فهو بريء من كذا**) .

قال في « الإنصاف » : فائدة : الجُعالة نوع إجارة لوقوع العوض في مقابلة منفعة . وإنما تُميز بكون الفاعل لم يلتزم الفعل ، وبكون العقد قد يقع مبهماً لا مع معين .

ويجوز في الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ؛ كالإجارة .

وتقدم ذلك في الإجارة أيضاً . انتهى .

أما كون ذلك يصح مع كونه تعليقاً ؛ فلأنه في معنى المعاوضة لا تعليقاً محضاً .

وأما كونه يصح في قوله : فهو بريء من كذا ؛ فلأن تعليق الإسقاط أقوى من تعليق الإشغال .

---

(١) في أ : زرعين .

ومن كون ذلك في معنى المعاوضة اشتُرط كون الجُعْل من مسلم معلوم[1] ؛ لأنه يستقر على الجاعل بتمام العمل ؛ كالأجرة .

وقيل : بصحتها مع جهالة الجُعْل إن لم يمنع التسليم ؛ كقوله : من رد ضالتي فله ثلثها . بخلاف قوله فله شيء . أخذاً من قول الإمام في الغزو : من جاء بعشرة رؤوس فله رأس .

فعلى هذا لو كانت الجهالة تمنع من التسليم لم تصح الجُعالة وجهاً واحداً . وحينئذ فيستحق العامل أجرة المثل ؛ لأنه عمل بعوض لم يسلم له . فاستحق أجر المثل ؛ كالإجارة .

وأما كون الجعالة تصح في : من أقرضني زيد بجاهه ألفاً فله كذا ؛ فلأنه في مقابلة ما بذله من جاهه ، من غير تعلق له بالمقرض .

وأما كونه يشترط أن يكون العمل للجاعل ؛ فلأن النفع الواقع لفاعله لا تنعقد الجُعالة عليه ؛ لاجتماع الأمرين له . ولهذا امتنع عقد الإجارة عليه . فلو قال : من ركب دابته أو خاط قميصه فله كذا لم ينعقد ذلك جعالة . والله أعلم .

وقيل : بلى .

وقيل : إن كان لأجنبي ؛ كمن بنى حائط فلان فله كذا انعقدت جعالة .

إذا تقرر هذا (**فمن بلغه**) الجُعْل على ذلك الفعل الذي ليس نفعه لفاعله ولا لأجنبي (**قبل فعله : استحقه به**) أي : بفعله إياه ؛ لأن العقد استقر بتمام العمل . فاستحق ما جعل له ؛ كالربح في المضاربة .

(**و**) من بلغه الجُعْل (**في أثنائه**) أي : العمل : (**فحِصّة تمامه**) أي : فإنه يستحق من الجُعْل بقِسْط ما بقي من العمل فقط ؛ لأن عمله قبل بلوغه الجُعْل وقع غير مأذون فيه . فلم يستحق عنه عوضاً ؛ لأنه بَذَلَ منافعه متبرعاً بها .

ومحل ذلك : (**إن أتمه بنية الجُعْل** .

---

(١) في أ و ب : معلوماً .

و) لهذا لو لم يبلغه الجُعْل إلا (**بعده**) أي : بعد تمام العمل : (**لم يستحقه**) أي : الجُعْل والأشياء منه ؛ لأنه لم يبلغه إلا بعد تمام العمل ، (**وحرُم**) عليه (**أخذه**) .

نقل حرب : في اللقطة : إن وجد ما سمع النداء فلا بأس أن يأخذ منه وإلا ردها ولا جُعل . انتهى .

وعلم مما تقدم أنه لو اشترك جماعة في العمل الذي يُستحق به الجُعْل اشتركوا في استحقاق الجُعْل . بخلاف ما لو قال : من دخل النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم ديناراً ؛ لأنه قد دخل دخولاً كاملاً . بخلاف رد اللقطة ونحوها فإنه لم يردها واحد منهم رداً كاملاً .

ومن نحو ذلك لو قال : من نقب[1] السور فله دينار . فنقبه ثلاثة نقباً واحداً اشتركوا في الدينار ، وإن نقب كل واحد نقباً استحق كل واحد ديناراً .

ولو جعل لإنسان في رد آبق ديناراً ولآخر ديناران ولآخر ثلاثة دنانير فرده الثلاثة . فلكل واحد منهم ثلث ما جُعل له في رده .

فلو جعل لواحد ديناراً ولآخرين عوضاً مجهولاً . فردوه : فلصاحب الدينار ثلث الدينار ، وللآخرين أجرة عملهما .

وإن جعل لإنسان جعلاً فرده هو وآخران معه وقالا : رددناه معاونة له : استحق جميع الجُعْل . وإن قالا : رددناه لنأخذ العوض فلا شيء لهما وله ثلث الجُعْل .

فائدة :

قال في « الإنصاف » : لو قال : من داوى له هذا حتى يبرأ من جرحه أو رمده فله كذا : لم يصح مطلقاً ، على الصحيح من المذهب ، قدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » وغيرهم ، واختاره القاضي .

---

(١) في أ : ثقب .

وقيل : يصح جعالة . اختاره ابن أبي موسى والمصنف . نقله الزركشي في الإجارة .

وقيل : يصح إجارة . انتهى .

(و) إن قال إنسان : (**من رد عبدي فله كذا** . **وهو**) أي : الجُعْل المسمى (**أقل من دينار** ، **أو**) أقل من (**اثني عشر درهماً**) من فضة ، (**اللذين قدرهما الشارع**) في رد الآبق : (**فقيل** : **يصح**) ذلك ، (**وله**) أي : للذي يرد (**برده**) أي : الآبق (**الجُعْل فقط**) . قدم ذلك في « الفروع » . وهو ظاهر كلام غيره .

ووجهه : أنه رده على ذلك فلم يستحق غيره .

(**وقيل**) : لا تصح التسمية . ولمن[1] يرده (**ما قدر الشارع**) له . قطع به الحارثي .

ووجهه : أن من أوجب عليه الشارع شيئاً مقداراً من المال عند وجود سبب : استقر عليه كاملاً بوجود سببه ؛ كدفع ربع مال الكتابة عند أداء مالها كاملاً للمكاتب .

وما ذكرتُ من كون الشارع قدر في رد الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً هو الصحيح .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب .

قال في « الرعاية » و« شرح الحارثي » وغيرهما : وسواء كان يساويها أو لا . انتهى .

قال في « الفروع » : ويستحق برد آبق مطلقاً ؛ لئلا يلحق بدار الحرب أو يشتغل بالفساد ديناراً أو اثني عشر درهماً .

وعنه : أربعين درهماً من خارج المصر .

وعنه : ومنه عشرة . استقرت عليه الرواية . قاله الخلال وجزم به في « عيون

---

(١) في أ : لمن .

المسائل » ، وأن الرواية الصحيحة من خارج المصر ديناراً أو عشرة دراهم . انتهى .

ونقل ابن منصور : سئل أحمد عن جُعل الآبق ؟ فقال : لا أدري قد تكلم الناس فيه . لم يكن عنده فيه حديث صحيح .

قال في « المغني » : فظاهر هذا أنه لا جُعل فيه . وهو ظاهر قول الخرقي ؛ فإنه قال : وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ولم يذكر جعلاً . انتهى .

قال في « الإنصاف » : وعنه : لا شيء لراده من غير جعالة . اختاره المصنف . انتهى .

والقول بتقدير الدينار أو اثني عشر درهماً يروى عن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما .

وروى عمرو بن دينار وابن أبي مليكة مرسلاً « أن النبي ﷺ جعل في جُعل الآبق إذا جاء به خارجاً من[1] الحرم ديناراً »[2] .

(**ويستحق من ردَّ**) آبقاً (**من دون معينة**) أي : من دون مسافة عينها الجاعل في الجعالة (**القسط**) من الجُعْل المسمى . فإن كان المحل الذي رده منه نصف المسافة استحق نصف المسمى وإن كان أقل أو أكثر فبحسابه .

(**و**) إن رده (**من أبعد**) من المسافة فله (**المسمى فقط**) ؛ لأنه لم يجعل للزائد على المسافة عوضاً . فلم يستحق الراد في مقابله شيئاً .

(**و**) يستحق (**من ردَّ أحد آبقين نصفه**) أي : نصف الجُعْل عن ردهما ؛ لأنه رد نصفهما .

ولا يستحق واجد آبق بهربه قبل تسليمه شيئاً ؛ لأنه شرط الجُعْل برده ولم

---

(١) في أ : عن .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في « مصنفه » (٢١٩٣٢) ٤ : ٤٤٦ كتاب البيوع والأقضية ، جعل الآبق .

يرده . وكذا لو مات ؛ كما لو[1] استأجره لخياطة ثوب فخاطه ولم يسلمه حتى تلف . فإن كان الجاعل قال : من وجد لقطتي فله دينار فقد وُجد الوُجدان .

قلنا : قرينة الحال تدل على اشتراط الرد ، والمقصود هو الرد لا الوجدان المجرد . وإنما اكتفى بذكر الوجدان ؛ لأنه سبب الرد . فصار كأنه قال : من وجد لقطتي فردها عليَّ . قاله في « المغني » .

والجُعالة : عقدٌ جائز من الطرفين . لكلٍّ من الجاعل والمجعول له المعين فسخها .

(**وبعد شروع عامل**) في العمل : (**إن فسخ جاعل فعليه**) للعامل (**أجرة**) مثل (**عمله**) ؛ لأنه عمل بعوض ولم يسلم له . فكان له أجرة مثله .

وعلم مما تقدم أنه إذا عمل شيئاً بعد الفسخ أنه لا أجرة له ؛ لأنه عمل غير مأذون فيه .

(**وإن فسخ عامل**) قبل إتمام العمل : (**فلا شيء له**) ؛ لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه ؛ كعامل المضاربة .

ومتى زاد الجاعل أو نقص في الجُعْل قبل الشروع في العمل جاز وعمل به بعده ؛ لأنه عقد جائز . فجاز فيه ذلك ؛ كالمضاربة .

(**ويصح**) في جعالة (**الجمع بين تقدير مدة وعمل**) ؛ كمن بنى لي هذا الحائط في يوم فله كذا ؛ لأنه عقد يصح مع جهالة المدة والعمل ، للحاجة إلى ذلك ؛ لأن الجُعْل قد يكون على رد شيء لا يُدرى محله ولا متى يُقدر عليه . فكونها تصح مع تقدير المدة والعمل من باب أولى .

(**وإن اختلفا**) أي : الجاعل والعامل (**في أصل جُعل : فقول من ينفيه**) منهما ؛ لأن الأصل عدمه .

(**و**) إن اختلفا (**في قدره**) أي : الجُعْل (**أو**) في قدر (**مسافة**) ؛ كما لو قال الراد للآبق لسيده : جعلت في رده عشرين درهماً . فقال : بل خمسة عشر .

---

(١) ساقط من أ .

أو قال : جعلت هذا الجُعْل لمن يرده من بريد . فقال : إنما جعلته لمن يرده من بريدين : (**فقول جاعل**) فيهما ؛ لأنه منكر ، والأصل براءة ذمته مما لم يعترف به .

وقيل : يتحالفان فيهما كالأجير ، ويجب أجر المثل .

وقيل : في آبق المقدر شرعاً .

وكذا لو اختلفا في عين العبد الذي جعل الجُعْل في رده ، بأن قال العامل : جعلتَ لمن رد عبدك فلاناً دينارين وقد رددتُه . فقال المالك : إنما جعلتُهما لمن رد عبدي الآخر : فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بشرطه .

ولأنه منكر والأصل براءة ذمته .

(**وإن عمل**) إنسان (**ولو المعدِّ لأخذ أجرة**) على عمله (**لغيره عملاً بلا إذن أو**) بلا (**جعل**) ممن عمل له العمل : (**فلا شيء له**) ؛ لأنه بذل منفعته من غير عوض . فلم يستحقه .

ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه ولم تَطِب نفسه به .

(**إلا في تخليص متاع غيره ، ولو**) كان المتاع (**قناً من بحر أو فلاة**) يظن هلاكه في تركه (**فأجر مثله**) .

قال في القاعدة الرابعة والسبعين[1] : ومنها : من أنقذ مال غيره من التلف ؛ كمن خلِّص عبد غيره من فلاة مهلكة أو متاعه من موضع يكون هلاكه فيه محققاً أو قريباً منه ؛ كالبحر وفم السبع : فنص أحمد على وجوب الأجرة له في المتاع . وذكره القاضي وابن عقيل وصاحب « المغني » في العبد أيضاً . وحكى القاضي فيه احتمالاً بعدم الوجوب كاللقطة . وأورد في « المجرد » عن نص أحمد : فيمن خلِّص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرهما . فهو لمالكه الأول ولا شيء للمخلص .

---

(١) في الأصول : الرابعة والثمانين . والنص المنقول من القاعدة الرابعة والسبعين . ر « القواعد » ص : ١٣٦ .

والصحيح الأول ؛ لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على مالكه . بخلاف اللقطة .

وكذلك لو انكسرت السفينة فخلّص قوم الأموال من البحر فإنه تجب لهم الأجرة على الملاّك[1] . ذكره في « المغني » ؛ لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من الهلكة . فإن الغوّاص إذا علم أنه يستحق الأجرة غرر بنفسه وبادر إلى التخليص[2] . بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له فهو في معنى رد الآبق .

وفي مسودة « شرح الهداية » لأبي البركات : وعندي أن كلام أحمد على ظاهره في وجوب الأجرة على[3] تخليص المتاع من المهالك دون الآدمي ؛ لأن الآدمي أهل[4] في الجملة لحفظ نفسه . انتهى .

وفيه نظر فقد يكون صغيراً وعاجزاً ، وتخليصه أهم وأولى من المتاع . وليس في كلام أحمد تفرقة .

فأما من عمل في مال غيره على غير ما ذكرنا فالمعروف من المذهب : أنه لا أجرة له .

ونقل أبو جعفر الجرجرائي عن أحمد : في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه فقال : لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة . وهذه تتخرج على أصلين :

أحدهما : أن الغاصب يكون شريكاً بآثار عمله .

والثاني : أنه يجبر على أخذ قيمة آثار عمله من المالك ليتملكها عليه .

وصرح القاضي في « خلافه » بأنه يكون شريكاً بآثار عمله إذا زادت به القيمة حتى في غسل الثوب ونحوه . وذكر نص أحمد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هانىء . انتهى .

---

(١) كذا في « القواعد » . وفي أ و ب : الأملاك . وفي ج : المالك .

(٢) في ب : التخلص .

(٣) في أ و ب : من .

(٤) كذا في « القواعد » . وفي الأصول : الأصل .

(و) إلا في (**رد آبق : من قِّنٍ ومُدَبَّرٍ وأمٍّ ولد إن لم يكن**) الراد (**الإمام : فـ**) **إن** لراده (**ما قدَّر الشارع**) في رده .

قال ابن رجب : والمعني فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعي في الأرض بالفساد . ولهذا المعنى اختص الوجوب برد الآبق دون غيره من الحيوان والمتاع ، وسواء كان معروفاً برد الآبق أو لم يكن ، إلا السلطان فإنه لا شيء له . نص عليه في رواية حرب ؛ لانتصابه للمصالح وله حق في بيت المال على ذلك ولذلك لم يكن له الأكل من مال اليتيم كما سبق . انتهى .

ومحل ذلك : (**ما لم يمت سيد مدبر وأم ولد ، قبل وصول : فيعتقا ، ولا شيء له**) ؛ لأن العمل لم يتم ؛ لكون العتيق لا يسمى آبقاً .

(**أو يهرب**) الآبق ممن وجده قبل وصوله ؛ لأنه لم يردَّ شيئاً .

(**ويأخذ**) واجده (**ما أنفق عليه أو على دابة**) يجوز التقاطها (**في قوت ، ولو هرب أو لم يستأذن مالكاً مع قدرة**) على استئذانه .

أما كونه يرجع بما أنفق ولو لم يستأذن المالك مع القدرة على استئذانه ؛ فلأن الإنفاق مأذون فيه شرعاً لحرمة النفس .

وأما كون النفقة لا تسقط عن ذمة المالك بهرب المنفَق عليه . نص عليه ؛ فلأنها وقعت مأذوناً فيها شرعاً . أشبه ما لو وقعت بإذن المالك .

قال في « الفروع » : ويرجع بنفقته ولو لم يستحق جُعلاً ؛ كرده من غير بلد سمّاه ، أو هربه منه . نص عليه .

وقيل : بنية رجوعه .

وفي جواز استخدامه بها روايتان .

قال في « الإنصاف » : حكاهما أبو الفتح الحلواني في « الكفاية » ؛ كالعبد المرهون ، وذكرهما في « الموجز » و« التبصرة » .

والصحيح من المذهب : أنه لا يجوز ذلك في العبد المرهون . فكذا هنا بطريق أولى . والله أعلم . انتهى .

(**ويؤخذان**) أي : الجُعْل والنفقة (**من تركة**) سيدٍ (**ميت**) ؛ لأنهما عوضان عن عمله وما أنفقه . فلا يسقطان بالموت ؛ كسائر الحقوق .

ومحل ذلك : (**ما لم ينـو**) الراد (**التبرع**) بالعمل والنفقة فإنه لا حق له إذاً .

(**وله ذبح مأكول خيف موته ، ولا يضمن ما نقصه**) ؛ لأن العمل في مال الغير متى كان إنقاذاً له من[1] التلف المشرف عليه كان جائزاً بغير إذن من مالكه ، ومن غير ضمان على المتصرف إن حصل به نقص . صرح بذلك في « المغني » و« الشرح » و« شرح ابن رزين » وغيرهم .

(**ومن وجد آبقاً : أخذه**) .

قال في « المغني » : ويجوز أخذ الآبق لمن وجده . وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد . بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها .

(**وهو أمانة**) عند آخذه إن تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه .

قال ابن رجب في القاعدة الثالثة والأربعين : ونص أحمد على من أخذ عبداً آبقاً ليرده فأبق منه فلا ضمان عليه . لكن قد يقال : هنا إذن شرعي في أخذ الآبق لرده[2] . انتهى .

وليس لواجده بيعه ولا يملكه[3] بعد تعريفه ؛ لأن العبد يتحفظ بنفسه فهو كضوال الإبل .

---

(١) في أ : في .
(٢) في أ و ج : ليرده .
(٣) في أ : تملكه .

(**ومن ادعاه**) أي : ادعى على واجده أن الآبق ملكه من غير بينة ، (**فصدقه الآبق**) على ذلك : (**أخذه**) أي : استحق أخذه من واجده ؛ لأنه إذا استحق أخذه بوصفه إياه . فبتصديقه على أنه مالكه أولى .

(**ولنائب إمام**) حصل الآبق في يده (**بيعه لمصلحة**) ؛ لانتصابه لذلك . (**فلو قال**) سيده : (**كنت أعتقته**) قبل البيع : (**عُمل به**) أي : بهذا القول ، ومن العمل به إلغاء البيع . وإنما قبل منه[1] ذلك ؛ لأنه لا يجر به إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع عنها ضراراً ولم يصدر منه ما ينافيه .

وقيل : لا ؛ كما لو باعه السيد ثم أقر بعتقه .

وعلى هذا يرد ثمنه إلى بيت المال ؛ لأن السيد يدعي عدم استحقاقه .

لكن إن عاد فأنكر العتق وطلب الثمن دفع إليه ؛ لأنه لا منازع[2] له فيه . والله سبحانه وتعالى أعلم[3] .

* * *

---

(١) في أ و ب : قيل فيه .

(٢) في ج : منافع .

(٣) في ب : والله أعلم .

[باب : اللقطة]

(**باب**) يذكر فيه مسائل من أحكام اللُّقَطَة .

قال في « القاموس » : واللقطة محرَّكةً وكحُزمَةٍ وهُمزةٍ وثُمامةٍ : ما التُقِطَ . انتهى .

ومراده بقوله : محركة أي : مفتوحة اللام .

ثم (**اللقطة**) شرعاً : (**مال**) ؛ كنقد ومتاع ، (**أو مختصّ**) ؛ كخمرة الخلال (**ضائع**) ؛ كالساقط من مالكه من غير علمه (**أو في معناه**) أي : معنى الضائع ؛ كالمتروك قصداً لأمر يقتضيه . ومنه المال المدفون[1] مستقر فيه الملك والاختصاص (**لغير حربي**) ؛ لأنها إن كانت لحربي ملكها واجدها ، كما لو ضل الحربي الطريق فأخذه إنسان فإنه يكون لآخذه .

والأصل في جواز ما يجوز من اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال : « سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق ؟ فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة . فإن لم تُعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك . فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه . وسأله عن ضالة الإبل فقال : ما لك ولها ، دعها فإن معها حذاءها وسقائها ، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها . فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب »[2] متفق عليه .

والوكاء : الخيط الذي يشد به المال في الخرقة .

والعفاص : [الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره . قاله أبو عبيد .

---

(١) في ج : المدفوع .

(٢) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٢٩٦) ٢ : ٨٥٦ كتاب في اللقطة ، باب ضالة الغنم .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧٢٢) ٣ : ١٣٤٩ كتاب اللقطة .

والأصل في العفاص][1] : أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة .

وقوله : معها حذاؤها يعني : خفها ؛ لأنه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء .

وسقاؤها : بطنها ؛ لأنها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش[2] .

والضالة : اسم للحيوان خاصة دون سائر اللقطة . والجمع : ضوال ، ويقال لها أيضاً : الهوامي والهوافي والهوامل ، قاله في « المغني » .

ثم الالتقاط يشتمل على أمانة واكتساب .

قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : وللناس خلاف في المغلب منهما ، منهم من قال : الكسب . ووُجِّه بأنه مآل الأمر . ومنهم من قال : الأمانة وهو الصحيح ؛ لأن المقصود إيصال الشيء إلى أهله ولأجله شرع الحفظ والتعريف أولاً . والملك آخراً عند ضعف الترجي للمالك . انتهى .

(**ومن أُخذ**) بالبناء للمفعول (**متاعه ، وتُرك**) بالبناء للمفعول أيضاً (**بدله**) أي : شيء متمول غيره (**فكلقطة**) .

قال في « الإنصاف » : نص عليه في رواية ابن القاسم وابن بختان .

قال في « المغني » : ومن أُخذ ثيابه من حمام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك له بدلها : لم يملكه بذلك . قال أبو عبد الله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها : لم يأخذها . فإذا أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها . إنما قال ذلك ؛ لأن سارق الثياب لم يجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبها فيعرفه كاللقطة . انتهى .

وقيل : لا يعرِّفه مع قرينة تقتضي السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة وكانت مما لا تشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه ؛ لأن التعريف إنما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه . وتارك هذه عالماً بها راضٍ

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : للعطش .

ببدلها عوضاً عما أخذه ولا يعترف أنه له . فلا يحصل في تعريفه فائدة .

قال في « الإنصاف » : قلت : وهو عين الصواب .

قال الحارثي : وهذا أحسن . انتهى .

(**ويأخذ**) الواجد (**حقه منه**) أي : من الموجود مكان متاعه (**بعد تعريفه**) على المذهب من غير رفعه إلى حاكم .

قال الموفق عن هذا : إنه أقرب إلى الرفق بالناس ؛ لأن فيها نفعاً لمن سُرقت ثيابه بحصول عوض عنها ، ونفعاً للآخذ إن كان سارقاً بالتخفيف عنه من الإثم ، وحفظاً لهذه الثياب عن الضياع .

وقيل : يرفعها للحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله .

وقيل : يتصدق بالموجود بعد تعريفه .

وعلى الأول لو كانت الثياب المتروكة أكثر قيمة من المأخوذة فإنما يأخذ منها بقدر قيمة ثيابه ؛ لأن الزائد فاضل عما يستحقه ، ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه ويتصدق بالباقي .

(**وهي**) أي : اللقطة (**ثلاثة أقسام**) : قسم يجوز التقاطه ويملك به ، وقسم لا يجوز التقاطه ولا يُملك بتعريفه ، وقسم يجوز التقاطه ويُملك بتعريفه .

فالقسم الأول : (**ما لا تتبعه همة أوساط الناس**) يعني : ما لا يهتمون في طلبه .

قال في « القاموس » : والهمة بالكسر وتفتح : ما هم به من أمر ليفعل . انتهى .

وذلك (**كسوط**) وهو الذي يضرب به . وفي « شرح المهذب » : هو فوق القضيب ودون العصا .

وفي « المختار » : هو سوط لا ثمرة له .

(**وشِسْع**) بتقديم المعجمة : أحد سيور النعل الذي يدخل بين الأصبعين .

(**ورغيف**) وتمرة ، وكل ما لا خطر له ؛ كخرقة وحبل لا تتبعهما الهمة :

(**فيُملك بأخذ**) ويباح الانتفاع به . نص عليه ؛ لما روى جابر قال : « رخص النبي ﷺ في العصا والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به »[١] . رواه أبو داود .

وفي « التبصرة » : صدقته به أولى .

(**ولا يلزمه تعريفه**) ؛ لأنه من قبيل المباحات . وعنه : بلى .

وقيل : مدة يظن طلب ربه له .

(**ولا**) يلزمه أيضاً (**بدله**) أي : بدل ما وجده مما لا تتبعه الهمة (**إن وجد ربه**) الذي سقط منه ؛ لأن لاقطه ملكه بأخذه .

قال في « الفروع » : خلافاً لـ« تبصرة » ، وكلامهم فيه يحتمل وجهين . انتهى .

(**وكذا**) في الحكم (**لو لقي كنَّاس ومن في معناه**) ؛ كالمقلش (**قطعاً صغاراً متفرقة**) من فضة فإنه يملكها بأخذها ، ولا يلزمه تعريفها ولا بدلها إن وجد ربها (**ولو كثرت**) بضم بعضها إلى بعض ؛ لأن وجودها متفرقة يدل على أن أربابها متغايرة .

وعنه : لا يعرض للشيء[٢] اليسير .

قيل لأحمد في التمرة[٣] يجدها أو يلقيها عصفوراً يأكلها ؟ قال : لا . قال : أيطعمها[٤] صبياً أو يتصدق ؟ قال : لا يعرض لها . نقله أبو طالب وغيره واختاره عبدالوهاب الوراق .

(**ومن ترك دابة بمهلكة أو فلاة لانقطاعها**) بعجزها عن المشي ، (**أو عجزه**) أي : عجز مالكها (**عن علفها**) بأن لم يجد ما يعلفها فتركها : (**ملكها آخذها**) .

---

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (١٧١٧) ٢ : ١٣٨ كتاب اللقطة ، باب في الشح .

(٢) في أ : الشيء .

(٣) في ج : الثمرة .

(٤) في أ : أطعمها .

قال في « المغني » : ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها : مَلَكها . وبه قال الليث والحسن بن صالح وإسحاق ، إلا أن يكون تركها ليرجع إليها أو ضلّت عنه .

وقال مالك : هي لمالكها الأول ويغرم ما أنفق عليها .

وقال الشافعي وابن المنذر : هي لمالكها . والآخر متبرِّع بالنفقة لا يرجع بشيء ؛ لأنه ملك غيره . فلم يملك بغير عوض من غير رضاه ؛ كما لو كانت في غير مهلكة . ولا يملك الرجوع ؛ لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه . فلم يرجع بشيء ؛ كما لو بنى داره .

ولنا : ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال : « من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيَّبوها فأخذها فأحياها فهي له » .

قال عبيد الله بن حميد بن عبد الرحمن فقلت : ـ يعني : للشعبي ـ من حدثك بهذا ؟ قال : غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ »[1] ورواه أبو داود بإسناده .

وفي لفظ عن الشعبي عن النبي ﷺ أنه قال : « من ترك دابة بمهلكة فأحياها رجل فهي لمن أحياها » .

وروى الأول الدارقطني أيضاً .

ولأن في الحكم بملكها إحياءها وإنقاذها من الهلاك وحفظاً للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان . وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل .

ولأنه نُبذ[2] رغبة عنه وعجز عن أخذه . فملكه آخذه ؛ كالساقط من السنبل وسائر ما ينبذه الناس رغبة عنه . انتهى .

---

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٥٢٤) ٣ : ٢٨٧ كتاب الإجارة ، باب فيمن أحيا حسيرا .
وأخرجه الدارقطني في « سننه » (٢٥٩) ٣ : ٦٨ كتاب البيوع .

(٢) في أ : بذل .

(**وكذا**) أي : وكالقول فيما تقدم من كون آخذه يملكه بأخذه يقال في (**ما يُلقى**) من سفينة (**خوف غرق**) أي : من أجل ذلك ؛ لأن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه اختياراً منه فملكه من أخذه ؛ كالذي ألقاه رغبة عنه .

القسم (**الثاني**) من أقسام اللقطة : وهو الذي لا يجوز التقاطه ولا يملك بتعريفه : (**الضوال التي تمتنع من صغار السباع**) ؛ كالأسد الصغير والذئب وابن آوى .

وامتناعها إما لكبر جثتها ؛ (**كإبل وبقر وخيل وبغال وحمر**) أهلية .

وخالف الموفق فيها .

(**و**) إما لسرعة عدوها ؛ كـ (**ظباء** ، **و**) إما لطيرانها ؛ كـ (**طير** ، **و**) إما بنابها ؛ كـ (**فهد** ، **ونحوها**) أي : نحو ما تقدم ؛ كفيل وزرافة ونعامة وقرد وهر وقن كبير .

(**فغير**) القن الكبير (**الآبِق**) مما تقدم ذكره (**يحرمُ التقاطُه**) ؛ لـ « قول النبي ﷺ لما سئل عن ضالة الإبل : ما لك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها »[1] . وتقدم الحديث وأنه متفق عليه .

ولما روى منذر بن جرير قال : « كنت مع أبي جرير بالتواريخ في السواد . فراحت البقر فرأى بقرة أنكرها . فقال ما هذه البقرة ؟ قالوا : بقرة لحقت بالبقر . فأمر بها فطردت حتى توارت . ثم قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا يأوي الضالة إلا ضال »[2] رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه .

---

(١) تقدم تخريجه ص (٦٠) رقم (٢) .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (١٧٢٠) ٢ : ١٣٩ كتاب اللقطة ، باب في الشح .
وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٥٠٣) ٢ : ٨٣٦ كتاب اللقطة ، باب ضالة الإبل والبقر والغنم .
وأخرجه أحمد في « مسنده » (١٩١٦٩) ٤ : ٣٦٢ .

ولأحمد ومسلم من حديث زيد بن خالد قوله[1]: « لا يأوي الضالة إلا ضال »[2].

وروي عن عمر رضي الله تعالى عنه : « من أخذ ضالة فهو ضال »[3] . أي : مخطىء .

ولأن الأصل عدم جواز الالتقاط ؛ لأنه مال غيره . فكان الأصل عدم جواز أخذه ؛ كغير الضالة . وإنما جاز لحفظ المال على صاحبه ، وإذا كان محفوظاً لم يجز أخذه .

وبهذا قال الشافعي والأوزاعي وأبو عبيد .

وقال مالك والليث في ضالة الإبل : من وجدها في القرى عرفها ومن وجدها في الصحراء لا يَقْربها .

ورواه المزني عن الشافعي .

وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها فإن لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضي الأيام الثلاثة .

وقال أبو حنيفة : هي لقطة . أشبهت الغنم .

قال في « المغني » : وقياسهم يعارض صريح النص . وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر : على أن الإبل تفارق الغنم لضعفها أو قلة صبرها عن الماء . انتهى .

(**ولا يُملك**) ما حرُم التقاطه (**بتعريف**) له ؛ لأنه متعد لعدم إذن المالك ، وعدم إذن الشارع في ذلك . فهو كالغاصب .

ولا فرق في ذلك بين زمن الأمن والفساد ، وبين الإمام وغيره .

---

(١) ساقط من ب .

(٢) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧٢٥) ٣ : ١٣٥١ كتاب اللقطة ، باب في لقطة الحاج .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٥٠) ٢ : ٥٨١ كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضوال .

وأخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٩١ كتاب اللقطة ، باب ما يجوز له أخذه و ما لا يجوز مما يجده .

(**و**) لكن (**لإمام ونائبه أخذُه ليحفظَه لربه**) . لا على أنه لقطة ؛ لأن للإمام نظراً في حفظ مال الغائب .

وفي أخذ هذه على وجه الحفظ مصلحة لمالكها ؛ لصيانتها .

(**ولا يلزمه**) أي : يلزم الإمام أو نائبه (**تعريفه**) أي : تعريف ما أخذه ليحفظه ؛ لـ« أن عمر رضي الله تعالى عنه لم يكن يعرِّف الضوال » .

ولأنه إذا عُرف من الإمام حفظ الضوال فمن كانت له ضالة فإنه يجيء إلى موضع الضوال . فمن عرف ماله أقام البينة عليه .

(**ولا يؤخذ منه**) أي : من الإمام أو نائبه (**بوصف**) أي : لا يكتفي فيها بالصفة ؛ لأن الضالة قد كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص بمعرفة صفاتها دون غيره . فلم يكن ذلك دليلاً . وتمكنه إقامة البينة عليها ؛ لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكه إياها .

وما يحصل عند الإمام من الضوال فإنه يشهد عليها ويجعل عليها وسماً بأنها ضالة ، ثم إن كان له حِمى تركها ترعى فيه إن رأى ذلك ، وإن رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يحلبها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فإن ذلك أحفظ لها ؛ لأن تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها .

وإن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها لصاحبها : لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها ؛ لأنه لا[1] ولاية له على صاحبها .

قال في « المغني » : وهذا[2] ظاهر مذهب الشافعي . ولأصحابه وجه : أن له أخذها لحفظها قياساً على الإمام . ولا يصح ؛ لأن النبي ﷺ منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط .

ولا يصح القياس على الإمام ؛ لأن له ولاية وهذا لا ولاية له . انتهى .

(**ويجوز التقاط صُيُود متوحشة**) بحيث (**لو تركت رجعت إلى الصحراء**

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ب : وهو .

بشرط عجز ربها) عنها ؛ لأن تركها والحالة هذه أضيع لها من سائر الأموال . والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ، ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأثمان . فإن الدينار دينار حيثما كان .

قال في « الإنصاف » : قطع به المصنف والشارح واقتصر عليه الحارثي .

قلت : فيعايى بها ، وظاهر ما قدمه في « الفروع » عدم الجواز .

قلت : وهو ضعيف . انتهى .

(ولا يملكها بالتعريف) ؛ لما تقدم من كونه يحفظها لصاحبها ؛ لأنه يكون كالمودَع .

وقال في « المغني » عن الضالة التي لا يجوز التقاطها من غير مقتضٍ : وإن وجدها في موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها في أرض مسبعة يغلب على الظن أن الأسد يفترسها إن تركت به ، أو قريباً من دار الحرب يخاف عليها من أهلها ، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كوادي التيم ، أو في برية لا ماء فيها ولا مرعى : فالأولى جواز أخذها للحفظ . ولا ضمان على آخذها ؛ لأن فيه إنقاذها من الهلاك . فأشبه تخليصها من غرق أو حريق . فإذا حصلت في يده سلمها إلى نائب الإمام وبرىء من ضمانها . ولا يملكها بالتعريف ؛ لأن الشرع لم يرد بذلك فيها . انتهى .

قال في « الإنصاف » بعد أن ذكر المسألة عن الموفق ومن تبعه : قال الحارثي : وهو كما قال ، وجزم به في « تجريد العناية » .

قلت : لو قيل بوجوب أخذها والحالة هذه لكان له وجه . انتهى .

و **(لا)** يجوز التقاط **(أحجار طواحين ، وقُدور ضخمة ، وأخشاب كبيرة)** ونحوها مما يتحفظ بنفسه ؛ كمدافع النِّفْط ؛ لأن هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها فهي أولى بعدم التعرض من الضوال ؛ لأن الضالة متعرضة في الجملة للتلف إما بالسبع وإما بالجوع والعطش وغير ذلك . وهذه بخلاف ذلك .

قال في « الإنصاف » : قال ابن عقيل في « الفصول » والمصنف والشارح والزركشي وجماعة : أحجار الطواحين والقدور الضخمة والأخشاب الكبيرة ونحوها : ملحقة بالإبل في منع الالتقاط .

قال الحارثي : وظاهر كلام غير واحد من الأصحاب : جواز الالتقاط . وكذا نصه في رواية حنبل . انتهى .

وقال في « الفروع » بعد أن ذكر أنه يحرم التقاط ممتنع عن سَبُع صغير : وله التقاط غيره من حيوان ، وغيره غير ممتنع بنفسه ؛ كخشبة كبيرة .

وعنه : نحو شاة .

وعنه : وعوض . انتهى .

فتحصّل من ذلك وجود خلاف في المسألة . وقد قدم في « التنقيح » عدم جواز الالتقاط وتابعته على ما قدمه . والله أعلم بالصواب .

(**وما**) أخذه إنسان مما (**حرُم التقاطه : ضمنه آخذه إن تلف أو نقص ؛ كـ**) ضمان (**غاصب**) ولو كان الإمام أو نائبه وأخذه على سبيل الالتقاط لا على سبيل الحفظ ؛ لأن التقاط ذلك غير مأذون فيه من الشارع .

(**لا**) إذا كان المأخوذ (**كلباً**) : فإنه لا ضمان فيه مع كونه يحرم التقاطه .

وفيه وجه ؛ لأنه ليس بمال .

(**ومن**) التقط ما لا يجوز التقاطه و (**كتمه**) عن ربه ثم أقر به أو قامت به بينة (**فتلف : فقيمته مرتين**) عليه لربه .

قال في « المحرر » : ومن التقطه وكتمه حتى تلف ضمنه بقيمته مرتين . نص عليه . انتهى .

قال في « الفروع » : ونصه ، وقال أبو بكر : يضمن ضالة مكتومة بالقيمة مرتين للخبر . انتهى .

قال أبو بكر في « التنبيه » : ثبت خبر عن النبي ﷺ أنه قال : « في الضالة المكتومة غرامتها ومثلها معها »[1] .

---

(١) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « ضالة الإبل المكتومة غرامتها ومثلها معها » .
أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٩١ كتاب اللقطة ، باب ما يجوز له أخذه وما لا يجوز مما يجده .

قال : وهذا حكم رسول الله ﷺ فلا يرد . انتهى .

قال في « الإنصاف » : ضمنها بقيمتها مرتين على المذهب . نص عليه في رواية ابن منصور ، إماماً كان أو غيره . واختاره أبو بكر وغيره وجزم به في « المحرر » و« الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » وغيرهم .

قال الحارثي : وقال به غير واحد . انتهى .

وقيل : بقيمتها فقط . وهو ظاهر كلام الأكثر ؛ لأنهم نزَّلوها منزلة الغصب . والله أعلم .

(**ويزول ضمانه**) أي : ضمان ما حرم التقاطه عمن أخذه (**بدفعه إلى الإمام أو نائبه**) ؛ لأن للإمام نظر في ضوال الناس فيقوم مقام المالك .

(**أو رده**) أي : رد ما أخذه (**إلى مكانه**) الذي أخذه منه (**بأمره**) أي : الإمام أو نائبه ؛ لما روى الأثرم عن القعنبي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر « أنه قال لرجل وجد بعيراً : أرسله حيث وجدته » . لأن أمره برده[1] كأخذه منه .

وقيل : يبرأ برده إلى مكانه ، ولو بدون إذن الإمام أو نائبه .

وعلم مما تقدم أنه إن رده بغير أمر الإمام أو نائبه فتلف كان من ضمانه ؛ لأنه أمانة حصلت في يده . فلزمه حفظها . فإذا ضيعها لزمه ضمانها ؛ كما لو ضيَّع الوديعة .

ولأنها لما حصلت في يده لزمه حفظها ، وتركها تضييع لها .

وبهذا قال الشافعي وروي عن طاووس .

ولأن ما لزم ضمانه بأخذه لا يزول إلا برده إلى مالكه أو من يقوم مقامه ؛ كالمسروق والمغصوب .

وقيل : يبرأ برده ولو لم يأمره به الإمام . ذكره في « الفروع » .

---

(١) في أ : يرده .

القسم (**الثالث**) من أقسام اللقطة : وهو ما يجوز التقاطه ويملك بتعريفه المعتبر شرعاً : (**ما عداهما**) أي : ما عدا ما ذكر من القسمين المتقدمين (**من ثمن**) أي : نقد (**ومتاع**) ؛ كالثياب والفرش والأواني وآلات الحرف ونحوها ، (**وغنم وفصلان**) بضم الفاء وكسرها جمع فصيل . وهو : ولد الناقة إذا فصل عن أمه ، (**وعجاجيل**) جمع عجل . وهو : ولد البقرة ، (**وأفلاء**) بالمد جمع فِلْو بوزن سِحْر ، وجرو وعدو وسمو . وهو : الجحش والمهر إذا فطما أو بلغا السنة . قاله في « القاموس » .

(**وقن صغير**) . قال في « الرعاية » : والعبد الصغير كالشاة .

قال الحارثي : وصغار الرقيق مطلقاً يجوز التقاطه . ذكره القاضي وابن عقيل واقتصر على ذلك ، نقله عنه في « الإنصاف » .

ثم قال : وقيل : لا يملك بالتعريف . انتهى .

والمريض من كبار الإبل ونحوها كالصغير .

قال في « الفائق » : قلت : وكذا مريض لا ينبعث ولو كان كبيراً . انتهى .

(**ونحو ذلك**) ؛ كالخشبة الصغيرة والقطعة من الحديد والنحاس والرصاص والزق من الدهن أو العسل والغرارة من الحب والورق والكتب وما جرى مجرى ذلك .

إذا تقرر هذا فتارة يكون الالتقاط لذلك محرماً وتارة يكون مباحاً باعتبار النظر إلى حالة الواجد .

(**فيحرم على من لا يأمن نفسه عليها**) أي : على اللقطة (**أخذها**) ؛ لما في ذلك من تضييع مال غيره . فحرم ؛ كإتلافه . وكما لو نوى تملكها في الحال أو كتمانها .

(**ويضمنها به**) أي : بأخذها إن تلفت . سواء كان تلفها بتفريط أو بدونه ؛ لأنه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه . فضمنه ؛ كالغاصب .

(**ولم يملكها ولو**[1] **عرَّفها**) ؛ لأن السبب المحرم لا يفيد الملك . بدليل السرقة .

وقيل : بلى ؛ لأن الملك بالتعريف والالتقاط . وقد وجدا .

ولأن عموم النص يتناوله . ورد : بأنه مخصص .

(**وإن أمِن نفسه**) عليها (**وقوي على تعريفها : فله**) أي : أبيح له (**أخذها**) أي : اللقطة . وهي منصوص عليها في النقدين . وقيس عليهما كل متمول غير الحيوان . ومنصوص عليها أيضاً في الشاة . وقيس عليها كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع .

وظاهر ما تقدم أنه لا فرق في ذلك بين الإمام وغيره . وهو المذهب .

وعنه : لا يلتقط الشاة ونحوها إلا الإمام .

وعنه : ي شاة وفصيل وعجل وفِلْو لا يجوز التقاطه .

وعلم مما تقدم أن العاجز عن تعريفها ليس له أخذها . وهو صحيح ولو أخذها بنية الأمانة ثم طرأ قصد الخيانة .

قال في « التلخيص » : يحتمل وجهين :

* أحدهما : لا يضمن ؛ كما لا يضمن لو كان أودعه .

قال الحارثي : وهو اختيار المصنف ـ يعني : الموفق ـ وهو الصحيح . انتهى .

* والثاني : يضمن . قال في « التلخيص » : وهو الأشبه بقول أصحابنا في التضمين بمجرد اعتقاد الكتمان . ويخالف المودَع فإنه مسلط من جهة المالك . نقله عنه في « الإنصاف » .

(**والأفضل**) لمن أمِن نفسه عليها وقوي على تعريفها (**تركها**) أي : عدم التعرض لها .

---

(١) في ب : وإن .

قال أحمد رحمه الله تعالى : الأفضل ترك الالتقاط .

وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر . وبه قال جابر بن زيد والربيع بن خيثم وعطاء .

و « مرَّ شريح بدرهم فلم يعرض له » .

حتى (**ولو**) وجدها (**بمضيَعَة**) ؛ لأن في الالتقاط تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها . فكان ترك ذلك أولى وأسلم ؛ كولاية مال اليتيم .

وقيل : الأفضل أخذها بمضيعة . وخُرِّج وجوبه إذاً .

(**ومن أخذها ثم ردها إلى موضعها أو فرَّط**) فيها فتلفت : (**ضمنها**) ؛ لأنها أمانة حصلت في يده . فلزمه حفظها ؛ كسائر الأمانات . وتركها والتفريط فيها تضييع لها . فلزمته إذا تلفت ؛ كما لو ضيع الوديعة .

(**إلا أن يأمره إمام أو نائبه بردها**) إلى موضعها فإنه يبرأ من ضمانها ؛ لأن للإمام[1] نظراً في المال الذي لا يعلم مالكه .

وكذا لو التقطها ودفعها إلى الإمام أو نائبه فإنه يبرأ من ضمانها .

وعلم مما تقدم أنها لو تلفت منه في حول التعريف بغير تفريط أنه لا ضمان عليه ؛ لأنها أمانة في يده . فلم يضمنها ؛ كالوديعة .

فإن ضاعت منه فالتقطها آخر لزمه مع علمه بالحال ردها إلى الأول ؛ لأنه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياع .

فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرّفها حولاً : ملكها ؛ لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالأول . ولا يملك الأول انتزاعها ؛ لأن الملك مقدم على حق التملك . وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الأول ؛ لأنه لم يفرط .

---

(١) في أ : لإمام .

وإن علم الثاني بالأول فردها إليه فأبى أخذها وقال : عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً ؛ لأن الأول ترك حقه فسقط .

وإن قال : عرفها ويكون ملكها لي فهو مستنيب له في التعريف ويملكها الأول ؛ لأنه وكله في التعريف فصحّ ، كما لو كانت بيد الأول .

وإن قال : عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما ؛ لأنه[1] أسقط حقه من نصفها ووكّله في الباقي .

وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول .

قال في « المغني » : احتمل وجهين :

أحدهما : يملكها الثاني ؛ لأن سبب الملك وجد منه . فملكها ؛ كما لو أذن له الأول في تعريفها لنفسه .

والثاني : لا يملكها ؛ لأن ولاية التعريف للأول . فأشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالأول فعرفها ولم يعلمه بها . ويشبه هذا المتحجر في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجره فأحياه بغير إذنه .

فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجهاً واحداً ؛ لأنه متعدٍ بأخذها ولم يوجد منه [سبب تملكها . فإن الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه][2] .

ويفارق هذا : ما إذا التقطها ثانٍ فإنه وُجد منه الالتقاط والتعريف . انتهى .

* * *

---

(١) في أ : لا .

(٢) ساقط من أ .

[فصل : فيما أبيح التقاطه ولم يملك به]

(**فصل** . **وما أُبيح التقاطه ولم يملك به**) . وهو القسم الثالث من أقسام اللقطة المتقدم ذكرها (**ثلاثة أضرب**) :

الضرب الأول : (**حيوان**) مأكول ؛ كالفصيل والشاة والدجاجة : (**فيلزمه**) أي : الملتقط (**فعل الأصلح**) لمالكه (**من**) أمور ثلاثة :

١ ـ (**أكله بقيمته**) في الحال .

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ : « هي لك أو لأخيك أو للذئب »[١] .

فجعلها له في الحال ؛ لأنه سوّى بينه وبين الذئب . والذئب لا يستأني بأكلها .

ولأن في أكل الحيوان في الحال إغناءً عن الإنفاق عليه وحراسةً لماليته على صاحبه إذا جاء[٢] فإنه يأخذ قيمته بكمالها .

ومتى أراد[٣] أكله حفظ صفته . فمتى جاء صاحبه فوصفه : غرم قيمته له ؛ لأنه عينٌ يجب ردها مع بقائها . فيجب غرمها مع تلفها ؛ كلقطة النقد بعد تعريفها في أكلها وإنفاقها . وقال : هي كسائر مالك .

٢ ـ (**أو بيعه**) أي : الحيوان (**وحفظ ثمنه**) ولو لم يأذن في ذلك الإمام ؛ لأنه إذا جاز أكله بغير إذن فبيعه أولى .

٣ ـ (**أو حفظه ويُنفق عليه**) الملتقط (**من ماله**) ؛ لما في ذلك من حفظه على مالكه عيناً ومالاً .

---

(١) سبق تخريجه ص (٦٠) رقم (٢) . من حديث زيد بن خالد الجهني .

(٢) ساقط من أ .

(٣) في أ : أراده .

فإن ترك الإنفاق عليه حتى تلف : ضمنه ؛ لأنه مفرط .

(**وله**) أي : للملتقط (**الرجوع**) على مالكه إن وجده بما أنفق (**بنيته**) أي : بنية الرجوع . نص عليه في رواية المروذي : في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة ، ويرجع بالعلف إذا لم يكن متطوعاً .

وقضى عمر بن عبدالعزيز : فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ربها فإنه يغرم له ما أنفق ؛ وذلك لأنه أنفق على اللقطة لحفظها . فكان من مال صاحبها ؛ كمُؤْنة الرطب والعنب إذا جعله تمراً أو زبيباً .

وعنه : لا يرجع بشيء .

(**فإن استوت**) الأمور (**الثلاثة**) في نظر الملتقط فلم يظهر له أن أحدها أحظ : (**خُير**) بين الثلاثة ؛ لجواز كل منها ، وعدم ظهور الأحظ في أحدها[1] .

وفي « الترغيب » : لا يبيع بعض الحيوان .

وأفتى أبو الخطاب وابن الزاغوني بأكله بمضيعة بشرط ضمانه ، وإلا لم يجز تعجيل ذبحه ؛ لأنه يطلب .

وقال أبو الحسين وابن عقيل : لا يتصرف قبل الحول في شاة ونحوها بأكل أو غيره رواية واحدة .

الضرب (**الثاني : ما**) التقط مما (**يُخشى فساده**) بتبقيته ؛ كالبطيخ والخضروات ونحوها : (**فيلزمه**) أي : الملتقط (**فعل الأحظ من** :

١ ـ **بيعه**) بقيمته وحفظ ثمنه من غير إذن حاكم ؛ لأنه مال أبيح للملتقط أكله . فأبيح له بيعه ؛ كماله .

وعنه : يبيع اليسير ويرفع الكثير إلى الحاكم .

---

(١) في أ : فلم يظهر له أن أخذها أحظ (خير) بين الثلاثة لجواز كل منهما وعدم ظهور الأحظ في أخذها .

٢ ـ (**أو أكله بقيمته**) ؛ لأن في كل منهما حفظ لماليته على مالكه . ويحفظ صفاته في الصورتين ؛ ليَدْفَع لمن وصفه ثمنه أو قيمته .

٣ ـ (**أو تجفيف ما**) أي : شيء (**يجفَّف**) ؛ كالعنب والرطب ؛ لأن ذلك أمانة بيده . وفعل الأحظ في الأمانة متعين .

وإن احتاج في تجفيفه إلى غرامة باع بعضه في ذلك .

(**فإن استوت**) الثلاثة في نظر الملتقط : (**خُيِّر**) بينها . فأيها فعل جاز له .

وإن تركه حتى تلف ضمنه ؛ لأنه فرط في حفظ ما بيده أمانة . فضمنه ؛ كالوديعة .

قال في « المغني » : ويقتضي قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف : أن هذا كله لا يجوز له أكله . لكن يتخير بين الصدقة به وبين بيعه . وقد قال أحمد : فيمن يجد في منزله طعاماً لا يعرفه : يُعَرَّفْه ما لم يخش فساده . فإن خشي فساده تصدق به . فإن جاء صاحبه غرمه .

وكذلك قال مالك وأصحاب الرأي في لقطة ما لا يبقى سنة : يتصدق به .

وقال الثوري : يبيعه ويتصدق بثمنه .

ولنا : على جواز أكله ؛ قول النبي ﷺ في ضالة الغنم : « خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب »[1] .

وهذا تجويز للأكل فإذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسد ببقائه أولى . انتهى .

الضرب (**الثالث : باقي المال**) أي : ما عدا الضربين المذكورين من المال ؛ كالأثمان والمتاع ونحوهما .

(**ويلزمه**) أي : الملتقط (**حفظ الجميع**) ؛ لأنه صار أمانة في يده بالتقاطه .

---

(١) سبق تخريجه ص (٦٠) رقم (٢) .

(و) يلزمه أيضاً (**تعريفه**) أي : الجميع من حيوان وغيره . سواء أراد الملتقط تملكها أو حفظها لصاحبها ؛ لأن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبيِّ بن كعب[1] . ولم يفرق .

ولأن حفظها لصاحبها إنما يفيد بإيصالها إليه وطريقه التعريف . أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سيان .

ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها . فلم يجز ؛ كردها إلى موضعها أو إلقاؤها في غيره .

ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط ؛ لأن بقاءها في مكانها إذاً أقرب إلى وصولها إلى صاحبها ، إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها ، وإما بأن يجدها من يعرِّفها . وأَخْذُ هذا لها يفوت الأمرين فيحرم . فلما جاز الالتقاط وجب التعريف ؛ لئلا يحصل الضرر .

ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها .

وكلام المتن شامل للملتقط لها بدار الحرب .

قال في « المغني » : ومن وجد لقطة في دار الحرب فإن كان في جيش فقال أحمد : يعرفها سنة في دار الإسلام ثم يطرحها في المقسم . إنما عرفها في دار الإسلام ؛ لأن أموال أهل الحرب مباحة ، ويجوز أن تكون لمسلم .

ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها .

ومعناه والله أعلم يتمم التعريف في دار الإسلام فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه ؛ لأنه يحتمل أن تكون لأحدهم . فإذا فعل أتم التعريف في دار الإسلام .

فأما إن كان دخل دارهم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارهم ؛ لأن أموالهم محرمة عليه . فإذا لم[2] تعرف مَلَكها ؛ كما يملكها في دار الإسلام .

---

(١) سبق تخريج حديث زيد بن خالد ص (٦٠) رقم (٢)، وسيأتي تخريج حديث أبيِّ بن كعب ص (٩٦) رقم (٢).
(٢) ساقط من أ .

وإن كان في الجيش طرحها في المغنم بعد التعريف ؛ لأنه وصل إليها بقوة الجيش . فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً .

وإن دخل إليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الإسلام ؛ لأن أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمة . ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف ؛ لأن الظاهر أنها من أموالهم غنيمة . انتهى .

وحيث تقرر وجوب التعريف فإنه يكون (**فوراً**) ؛ لظاهر الأمر . إذ مقتضاه[1] الفور .

ولأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها . فإذا عرفت إذاً كان أقرب إلى وصولها إليه .

(**نهاراً**) ؛ لأن النهار مَجمع الناس وملتقاهم ، (**أول كل يوم**) قبل اشتغال الناس بمعاشهم ، (**أسبوعاً**) أي : سبعة أيام ؛ لأن الطلب فيه أكثر .

ولأن أكثر توالي طلب صاحبها لها في كل يوم باعتبار غالب أحوال الناس أسبوعاً .

(**ثم**) لا يجب تعريفها بعد الأسبوع متوالياً وإنما يجب (**عادة**) أي : بالنظر إلى عادة الناس في ذلك .

وقيل : على العادة من حين الالتقاط[2] .

وقيل : يعرفها في كل يوم شهراً ثم مرة في كل شهر .

وقيل : يعرفها في كل يوم أسبوعاً ، ثم في كل أسبوع مرة شهراً ، ثم في كل شهر مرة .

(**حولًا**) كاملاً (**من التقاطٍ**) أي : يكون أول الحول من ساعة التقاطه .

وروي تقديره بالسّنة عن عمر وعلي وابن عباس . وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي .

---

(١) في أ : مقتضاها .

(٢) في أ : التقاط .

وعن عمر أيضاً : أنه ثلاثة أشهر .

وعنه : أيضاً أنه ثلاثة أعوام .

ويدل للأول حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي ﷺ أمره بعام واحد[1] .

ولأن السَّنة لا تتأخر عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال . فصلحت قدراً ؛ كمدة أجل العِنِّين .

وصفة التعريف (**بأن ينادي : من ضاع منه شيئاً أو نفقة**) .

قال في « المحرر » : ولا يصفها فيه ، بل يقول : من ضاع منه شيء أو نفقة .

وفي « المغني » : السادس في كيفية التعريف . وهو : أن يذكر جنسها لا غير . فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو دراهم أو ثياب ونحو ذلك . انتهى .

لكن اتفقوا على أنه لا يصفها ؛ لأنه لا يؤمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بوصفها فيأخذها فتضيع على مالكها .

ومقتضى قولهم : لا يصفها أنه لو وصفها فأخذها غير مالكها بالوصف : ضمنها الملتقط لمالكها ، كما لو دل المودَع لصاً على مكان الوديعة فسرقها .

ويكون مكان النداء (**في الأسواق**) عند اجتماع الناس ، (**وأبواب المساجد أوقات الصلاة**) ؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها ويحصل ذلك عند اجتماع الناس للصلاة .

(**وكُره**) التعريف (**داخلها**) أي : المساجد ؛ لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل : **لا أداها الله إليك** . فإن المساجد لم تُبْنَ لهذا »[2] .

---

(١) سبق ذكره وتخريجه ص (٦٠) رقم (٢) .

(٢) أخرجه مسلم في « صحيحه » (٥٦٨) ١ : ٣٩٧ كتاب المساجد ، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد .

وفي « عيون المسائل » : لا يجوز . وقاله ابن بطة في « الإنشاد » دون التعريف .

وقيل : تعرف لقطة صحراء بقرية .

إذا تقرر هذا فللملتقط أن يتولى التعريف بنفسه ، وله أن يستنيب فيه متبرعاً[1] ، وله أن يستنيب فيه بأجرة .

(**وأجرة منادٍ على ملتقط**) نص عليه ؛ لأنه سبب في العمل . فكانت أجرته عليه ؛ كما لو اكترى شخصاً يقطع له مباحاً .

وقال أبو الخطاب : ما لا يُملك بالتعريف وما يقصد حفظه لمالكه يرجع بالأجرة عليه .

وكذا قال ابن عقيل فيما لا يُملك بالتعريف .

وقيل : على ربها مطلقاً .

وعند الحلواني وابنه : الأجرة من نفس اللقطة ؛ كما لو جفف العنب ونحوه .

وقيل : من بيت المال . فإن تعذر أخذها الحاكم من ربها .

وأجيب عن ذلك : بأن التعريف واجب على الملتقط . فكانت أجرته عليه ؛ كما لو كانت تُملك بالتعريف ، أو قصد تملكها به .

ولأنه لو وِلَيه بنفسه لم يكن له عليه أجرة فكذلك إذا استأجر عليه .

قال المنقح : ولم يذكر الأكثر للحيوان تعريف . انتهى .

وسبقه بذلك صاحب « الفروع » وعبارته : وهو كلقطة . ولم يذكر الأكثر تعريفه . انتهى .

وقد تقدم في المتن : أنه يُعرِّف الجميع .

قال الزركشي : وظاهر كلام الخرقي أن الحيوان يُعرِّف كغيره . وهو مقتضى كلام صاحب « التلخيص » وأبي البركات وغيرهما .

---

(١) في ج : متبرعاً به .

(**ويُنْتَفَع بمباحٍ من كلاب ولا يُعرَّف**) .

قال في « الفروع » : وينتفع بكلب مباح . وقيل : يعرفه سنة . انتهى .

وظاهره[1] : جواز التقاطه .

قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : اختلف[2] الأصحاب في الكلب المعلم فأدخله المصنف ـ يعني : الموفق ـ فيما يمتنع التقاطه كما اقتضاه ظاهر لفظه هنا[3] ـ يعني : في « المقنع » ـ وصريح لفظه [في « المغني » اعتباراً بمنعته بنابه .

وجوز التقاطه القاضي وغيره . وهو أصح ؛ لأنه لا نص في المنع ، وليس][4] في معنى الممنوع ، وفي أخذه حفظ على مستحقه . أشبه الأثمان . وأولى من جهة أنه ليس مالاً فيكون أحق .

وعلى هذا هل ينتفع به بعد حول التعريف ؟ فيه وجهان . وفيهما طريقان :

إحداهما : بناء الخلاف على الخلاف في تملك الشاة بعد الحول . وهو طريقة القاضي .

والأخرى : بناء الانتفاع على التملك لما يتملك بعد الحول ، وبناءُ منع الانتفاع على أنه لا يضمن لمن ضاع منه بالقيمة لو تلف ؛ لانتفاء كونه مالاً فيؤدي إلى الانتفاع مجاناً وهو خلاف الأصل . انتهى .

(**وإن أخَّره**) أي : أخر الملتقط التعريف (**الحول**) كله (**أو بعضه لغير عذر : أثم**) للأمر به وهو يقتضي الوجوب ، (**ولم يملكها به**) أي : بالتعريف (**بعدُ**) أي : بعد الحول ؛ لأن شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد .

---

(١) في أ : فظاهره .
(٢) ساقط من أ .
(٣) في أ : هذا .
(٤) ساقط من أ .

ولأن الظاهر أن التعريف بعد الحول لا فائدة فيه ؛ لأن ربها بعده يسلو عنها ويترك طلبها .

ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأول في المنصوص عن أحمد ؛ لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول ، وإن تركه في بعض الحول عرَّف بقيته فقط .

قال في « المغني » : ويتخرج أن لا يسقط التعريف بتأخيره ؛ لأنه واجب ولا يسقط بتأخيره عن وقته ؛ كالعبادات وسائر الواجبات .

ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور . فيجب الإتيان به ؛ لقول النبي ﷺ : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم »[1] .

فعلى هذا إن أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقيته وأتمه في الحول الثاني .

وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول ؛ لأن شرط الملك التعريف في الحول الأول ولم يوجد .

وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبداً ؟ على روايتين . ويحتمل أن يلزمه دفعها إلى الحاكم ، كقولنا فيما إذا التقط ما لا يجوز التقاطه .

ولو ترك التعريف في بعض الحول الأول لم يملكها أيضاً بالتعريف فيما بعده ؛ لأن الشرط لم يكمل . وعدم بعض الشرط كعدم جميعه ؛ كما لو أخل[2] ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة . انتهى .

وظاهر عبارة المتن المنقولة من « التنقيح » : أنه لو أخَّر التعريف عن الحول أو بعضه لعذر ومرض وحبس ونحوهما أنه يملكها بتعريفها حولاً بعد زوال

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٦٨٥٨) ٦ : ٢٦٥٨ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ .

(٢) في أ : أخذ . وهو تصحيف .

العذر . وفي ذلك وجهان مطلقان في « المغني » و« الشرح » و« شرح الحارثي » و« الفروع » و« الفائق » :

أحدهما : أنه يملكها بذلك ؛ لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه . فأشبه ما لو عرفها في الحول الأول .

والثاني : لا يملكها بذلك ؛ لأن تعريفها في الحول الأول سبب الملك . والحكم ينتفي لانتفاء سببه . سواء انتفى لعذر أو لغير عذر .

قال في « الإنصاف » عن هذا الوجه : قدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« شرح ابن رزين » . لكن كلامه في « التنقيح » مفهومه : أن الأول المذهب . والله أعلم .

إذا تقرر هذا فحكم اللقطة في كون واجدها لا يملكها بدون تمليك ربها له إن علم : (**كالتقاط**) لها (**بنية تملك ، أو لم يُرد تعريفاً**) أي : بنية أنه لا يعرفها ولو عرفها ؛ لأنه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه . فأشبه الغاصب .

قال في « المغني » : نص على هذا أحمد . ويحتمل أن يملكها ؛ لأن ملكها بالتعريف والالتقاط ، وقد وجد . فيملكها به ؛ كالاصطياد والاحتشاش . فإنه لو دخل حائطاً لغيره بغير إذنه فاحتش أو اصطاد منه صيداً : ملكه وإن كان دخوله محرماً . كذا هاهنا[١] .

ولأن عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه .

ولأننا لو اعتبرنا فيه التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين ذا عدل والفاسق والصبي والسفيه ؛ لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف . انتهى .

(**وليس خوفه**) أي : الملتقط (**أن يأخذها**) أي : اللقطة (**سلطان جائر ، أو**) خوف الملتقط أن (**يطالبه**) السلطان (**بأكثر**) ممما وجد (**عذراً**) له (**في ترك تعريفها**) .

---

(١) في أ : محرماً هنا .

قال في « الفروع » : فإن أخّر لم يملكها إلا بعده . ذكره أبو الخطاب وابن[1] الزاغوني .

ومرادهم والله أعلم : أنه ليس عذراً (**حتى يملكها**) بلا تعريف . وهو المراد بقولي : (**بدونه**) قال : ولهذا جزم بأنه يملكها بعده . وقد ذكروا أن خوفه على نفسه أو ماله عذر في ترك الواجب .

وقال أبو الوفاء : تبقى بيده فإذا وجد أمناً عرفها حولاً . انتهى .

قلت : فيؤخذ من هذا ما يرجح أن تأخير التعريف للعذر لا يؤثر . والله أعلم .

(**ومن**) وجد لقطة و (**عرّفها حولاً فلم تُعرف**) فيه . وهي[2] مما يجوز التقاطه : (**دخلت في ملكه**) ، غنياً كان الملتقط أو فقيراً .

وعنه : إنما يملكها إذا كان فقيراً من غير ذوي القربى . نقلها حنبل وأنكرها الخلال وبمثلها قال أبو حنيفة ؛ لما روى عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ قال : « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتمْ ولا يُغيِّب . فإن وجد صاحبها فليرددها عليه ، وإلا فهي مال الله يُؤتيه من يشاء »[3] رواه النسائي .

وما يضاف إلى الله إنما يتملكه من يستحق الصدقة .

وقال مالك والثوري والحسن بن صالح : يتصدق بها فإذا جاء صاحبها خيرهم بين الأجر والغرم ؛ لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ : « أنه سئل عن اللقطة ؟ فقال : **عرفها حولاً** ـ وروي ثلاثة أحوال ـ . فإن جاء ربها وإلا تصدق بها . فإذا جاء ربها فرضي بالأجر وإلا غرمها » .

---

(١) في أ : وفي . وهو تصحيف .

(٢) في أ : وهو .

(٣) أخرجه أبو داود في « سننه » (١٧٠٩) ٢ : ١٣٦ كتاب اللقطة ، باب في الشح .
وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٥٠٥) ٢ : ٨٣٧ كتاب اللقطة ، باب اللقطة . ولم أره عند النسائي .

قال في « المغني » : ولنا : قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد : « فإن لم تعرف فاستنفقها »[1] .

وفي لفظ : « وإلا فهي كسبيل مالك »[2] .

وفي لفظ : « ثم كلها »[3] .

وفي لفظ : « فانتفع بها » .

وفي لفظ : « فشأنك بها »[4] .

وفي حديث أُبي بن كعب : « فاستنفقها »[5] .

وفي لفظ : « فاستمتع بها »[6] . وهو حديث صحيح .

ولأن من ملك بالقرض ملك اللقطة ؛ كالفقير . ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف ؛ كالفقير .

وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ، ولم يُنقل في كتاب يوثق به .

ودعواهم في حديث عياض : أن ما يضاف إلى الله تعالى لا يتملكه إلا من يستحق الصدقة لا برهان لها ولا دليل عليها . وبطلانها ظاهر . فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقاً وملكاً . قال الله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] .

(**حكماً**) كالميراث .

---

(١) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧٢٢) (٣) ٣ : ١٣٤٩ كتاب اللقطة .

(٢) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٥٠٦) ٢ : ٨٣٧ كتاب اللقطة ، باب اللقطة .

(٣) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧٢٢) ٣ : ١٣٤٦ كتاب اللقطة .

(٤) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٢٤٣) ٢ : ٨٣٦ كتاب المساقاة ، باب شرب الناس والدواب من الأنهار .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧٢٢) (١) ٣ : ١٣٤٧ كتاب اللقطة .

(٥) أخرجه مسلم في «صحيحه» (١٧٢٢) (٥) ٣ : ١٣٤٩ كتاب اللقطة، من حديث زيد ين خالد الجهني.

(٦) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧٢٣) (٩) ٣ : ١٣٥٠ كتاب اللقطة .

قال أحمد في رواية الجماعة : إذا جاء صاحبها وإلا كان كسائر أمواله .

واختار أبو الخطاب : أنها لا تدخل في ملكه حتى يختار ؛ لأن هذا تملك بعوض. فلم يحصل إلا باختيار المتملِّك ؛ كالقرض . وهو رواية في « الواضح » .

ووجه الأول : قول النبي ﷺ : « وإلا فهي كسبيل مالك »[1] .

وقوله : « فاستنفقها »[2] .

ولو وقف مُلْكُها على تملكها لبيِّنه له ؛ لأنه لا يجوز له التصرف قبله .

ولأن الالتقاط والتعريف سبب للتملك . فإذا نما وجب أن يثبت الملك حكماً ؛ كالإحياء والاصطياد .

ولأنه سبب يملك به . فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره ؛ كسائر الأسباب . وذلك لأن المكلف ليس إليه إلا مباشرة الأسباب . فإذا أتى بها ثبت الحكم قهراً أو جبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف .

وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه . فلم يثبت الملك بدونه .

وعلى المقدم في « التنقيح » تملك اللقطة (**ولو**) كانت (**عرضاً**) فإنه قال : وتملك عروض كأثمان .

وعنه : لا . اختاره الأكثر . انتهى .

وعبارته في « الإنصاف » : تنبيه : قدم المصنف أن غير الأثمان كالأثمان . وهو إحدى الروايتين . وهو ظاهر كلام الخرقي .

قال في « عيون المسائل » : هذا الصحيح من المذهب . وصححه الناظم ، واختاره ابن أبي موسى والمصنف وغيرهما .

قال في « الفائق » : وهو المختار .

---

(١) سبق قريباً .

(٢) سبق قريباً .

وقال[1] ابن رزين : الأظهر .

وقدمه في « الكافي » و« المحرر » و« الشرح » و« الفروع » وغيرهم ، وجزم به في « العمدة » و« الوجيز » و« المنور » ، ثم ذكر الرواية المحكية في « المقنع » بلفظه فقال : وعن أحمد : لا يملك إلا الأثمان . وهي ظاهر المذهب ، وكذا قال في « الهداية » و« المذهب » و« المستوعب » و« الفائق » وغيرهم .

قال في « الرعاية الكبرى » : هذا أشهر .

قال في « الخلاصة » و« الرعاية الصغرى » : وتملك الأثمان ، ولا تملك العروض على الأصح . انتهيا .

واختاره أبو بكر والقاضي وابن عقيل وغيرهم .

قال[2] المصنف والشارح والحارثي وصاحب « الفروع » : اختاره أكثر الأصحاب .

قال القاضي : نص عليه في رواية الجماعة . وقدمه في « الرعاية » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » وغيرهم ، وجزم به ناظم « المفردات » فقال :

ملتقط الأثمان مُذ عرَّفها حولًا فقهراً ذا الغنا يملكها

قال الزركشي : وعنه : وهي المشهورة في النقل والمذهب عند عامة الأصحاب : أن الشاة ونحوها تملك دون العروض . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

وعبارته في « الفروع » : وعنه : لا تملك نحو شاة . ونقل الجماعة : تملك الأثمان فقط . اختاره الأكثر . انتهى .

ووجه كون العروض كالأثمان : عموم الأحاديث التي في اللقطة جميعها .

---

(١) في أ و ب : قال .

(٢) في أ : وقال .

فإن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال : « عرفها سنة ـ ثم قال في آخره ـ : فانتفع بها ، أو فشأنك بها »[1] .

وفي حديث عياض بن حمار : « من وجد لقطة »[2] . وهو لفظ عام .

وروى الجوزجاني والأثرم في كتابيهما قال : أنبأنا أبو نعيم قال : حدثنا هشام بن سعد قال : حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « أتى رجل رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ! كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟ فقال : عرفه سنة فإذا جاء صاحبه وإلا فشأنك به »[3] .

ورويا « أن سفيان بن عبدالله وجد عيبة . فأتى بها عمر بن الخطاب فقال : عرفها سنة فإن عرفت وإلا فهي لك .ـ زاد الجوزجاني ـ : فلم تعرف فلقيه العام المقبل فذكرها له . فقال عمر : هي لك إن رسول الله ﷺ أمرنا بذلك »[4] .

ورواه النسائي أيضاً .

وهذا[5] نص في غير الأثمان .

وروى الجوزجاني بإسناده عن الحر بن الصباح قال : « كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال : إني وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرّفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يتفرق الناس . فقال : إن شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامناً ، متى[6] جاءك صاحبه دفعت إليه ثمنه ، وإن لم يجىء له طالب فهو لك إن شئت » .

فإن قيل : إن النص خاص في الأثمان .

قلنا : بل هو عام في كل لقطة . فيجب العمل بعمومه . وإن ورد فيها نص

---

(١) ر ص (٨٦) .
(٢) سبق تخريجه ص (٨٥) رقم (٣) .
(٣) أخرجه النسائي في « سننه » (٢٤٩٤) ٥ : ٤٤ كتاب الزكاة ، باب المعدن .
(٤) أخرجه الدارمي في « سننه » (٢٥٩٥) ٢ : ١٨٢ كتاب البيوع ، باب في اللقطة .
(٥) في أ : في هذا .
(٦) في ج : فمتى .

خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما . ثم قد روي نص خاص في العروض . فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص من الأثمان . ثم لو اختص[1] الخبر بالأثمان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها ، وهاهنا قد وجد المعنى . فيجب قياسه على المنصوص عليه .

أو نقول أن المعنى هاهنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه . بيانه : أن الأثمان لا تتلف بمضي الزمن عليها وانتظار صاحبها بهذا أبداً والعروض تتلف بذلك . ففي النداء عليها دائماً هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس . وفي إباحة الانتفاع بها وملكها بعد[2] التعريف حفظ لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها إليه ونفع لغيره . فيجب ذلك ؛ لـ « نهي النبي ﷺ عن إضاعة المال »[3] .

ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه .

ولأن في إثبات الملك فيها حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها ؛ لكونه وسيلة إلى الملك المقصود للآدمي . وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل إليه فيؤدي إلى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع .

وعلى القول بأن العروض لا تملك بالتعريف اختلفوا فيما يصنع بها . فقال أبو بكر وابن عقيل : يعرفها أبداً .

وقال القاضي : هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها .

---

(١) في أ و ب : اختصر .

(٢) في أ : بغير .

(٣) عن المغيرة عن النبي ﷺ قال : « إن الله حرم عليكم عُقوق الأمهات ، ومنعاً وهات ووأد البنات ، وكره لكم قيل وقال ، وكثرة السؤال وإضاعة المال » .
أخرجه البخاري في « صحيحه » (٥٦٣٠) ٥ : ٢٢٢٩ كتاب الأدب ، باب عقوق الوالدين من الكبائر .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (٥٩٣) ٣ : ١٣٤١ كتاب الأقضية ، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة . . .

وهل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها ؟ على روايتين .

(أو) كانت اللقطة (**لقطة الحرم**) فإنها[1] تملك بالتعريف حكماً كلقطة الحل .

قال في « الإنصاف » : وهو الصحيح من المذهب .

قال الحارثي : عدم الفرق هو المشهور في المذهب واختيار أكثر الأصحاب ، ونص عليه .

قال الزركشي : هو اختيار الجمهور . وقدمه في « المحرر » و« الشرح » و« الفروع » وغيرهم ، واختاره ابن أبي موسى والموفق والشارح وصاحب « النهاية » وغيرهم .

قال في « المغني » : وظاهر كلام أحمد والخرقي : أن لقطة الحل والحرم سواء . وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب . وهو مذهب مالك وأبي حنيفة .

وروي عن أحمد رواية أخرى : أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وإنما يجوز لحفظها لصاحبها . فإن التقطها[2] عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها . وهو قول عبدالرحمن بن مهدي وأبي عبيد . وعن الشافعي كالمذهبين .

والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في مكة : « لا تحل ساقطتها إلا لمنشد »[3] متفق عليه .

قال أبو عبيد : المنشد المعرِّف ، والناشد الطالب . وينشد إصاخة الناشد

---

(١) في أ و ب : فإنه .

(٢) في أ : التقاطها .

(٣) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٣٠٢) ٢ : ٨٥٧ كتاب في اللقطة ، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٣٥٥) ٢ : ٩٨٨ كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها . . .

للمنشد فيكون معناه : لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها ؛ لأنها خصت بهذا من بين سائر البلاد[1] .

وروى يعقوب بن شيبة في « مسنده » عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي « أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج »[2] .

قال ابن وهب : يعني : يتركها حتى يجدها صاحبها .

ورواه أبو داود أيضاً .

ووجه الرواية الأولى : عموم الأحاديث ، وأنه أحد الحرمين . فأشبه حرم المدينة .

ولأنها أمانة . فلم يختلف حكمها بالحل والحرم ؛ كالوديعة .

وقول النبي ﷺ : « إلا لمنشد »[3] : يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاماً . وتخصيصها بذلك لتأكدها لا لتخصيصها ؛ كقوله عليه السلام[4] : « ضالة المسلم حرق النار »[5] . وضالة الذمي مقيسة عليها .

وعنه : لا تملك لقطة بحال .

وقول المتن : ولو عرضاً أو لقطة الحرم : تصريح بما شمله العموم ليعلم أنهما مقصودان بالتعميم وليتكلم على الخلاف فيهما .

وقوله : (**أو لم يختر**) هو مفهوم قوله : دخلت في ملكه حكماً . يعني : من غير اختيار من الملتقط . وتقدم الكلام على الخلاف في ذلك .

وكذا قوله : (**أو أخَّره لعذر**) فإنه مفهوم قوله : وإن أخر التعريف الحول أو بعضه لغير عذر أثم ولم يملكها به بعد . وتقدم الكلام عليه .

---

(١) في أ و ب : من سائر البلاد .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (١٧١٩) ٢ : ١٣٩ كتاب اللقطة ، باب في الشح .

(٣) سبق تخريجه قريباً .

(٤) ساقط من أ .

(٥) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٥٠٢) ٢ : ٨٣٦ كتاب اللقطة ، باب ضالة الإبل والبقر والغنم .

(**أو ضاعت**) يعني : لو ضاعت اللقطة من واجدها من غير تفريط فالتقطها ثانٍ (**فعرَّفها الثاني مع علمه بالأول**) أي : بأنها ضاعت من ملتقط أول ، (**ولم يُعلمه**) أي : ولم يُعلم الثاني الأول بها ، (**أو أعلمه**) وعرفها الثاني (**وقصد بتعريفها**) تملكها (**لنفسه**) : فإنها تدخل في ملك الملتقط الأول حكماً بانقضاء الحول الذي عرفها فيه ؛ لأن حق التمول للأول . أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها .

وقيل : يملكها الثاني ؛ كما لو أذن له الأول في أن يعرفها لنفسه .

وتقدم الكلام على ذلك عند قوله : ويلزمه حفظ الجميع بأتم من هذا[١] . والله سبحانه وتعالى أعلم[٢] .

* * *

---

(١) ص (٧٨) .

(٢) في ب : والله أعلم .

[فصل : فيما يشترط لإباحة التصرف في اللقطة]

(**فصل . ويحرم تصرفه**) أي : الملتقط (**فيها**) أي : في اللقطة بعد التعريف (**حتى يَعْرف وعاءها . وهو كيسُها ، ونحوه**) ؛ كالخرقة التي تكون مشدودة فيها . والقدر أو الزِّقِّ الذي يكون فيه المائع . واللفافة التي تكون فيها الثياب .

(**و**) حتى يَعرف (**وكاءَها**) أي : اللقطة (**وهو : ما شُدَّ به**) الكيس أو الزق ونحوهما هل هو سير أو خيط ، وهل هو من إبريسم أو كتان

(**و**) حتى يعرف (**عِفاصها**) بكسر العين المهملة (**وهو : صفة الشد**) .

قال في « الإنصاف » : والعفاص ، قال في « المستوعب » : هو الشد والعقد .

وقيل : هو صِمام القارورة . وذكر ابن عقيل في « التذكرة » : أنه الصرة . وهو ظرفها .

قال الزركشي : هو الوعاء التي تكون فيه من خرقة أو غيرها .

قال الحارثي : العفاص مقول على الوعاء . وورد : « احفظ عفاصها ووعاءها » . والعفاص في هذه الرواية : صمام القارورة أي : الجلد المجعول على رأسها . يقال عليه أيضاً . انتهى .

وفي « المبدع » : حتى يعرف وعاءها . وهو : العفاص التي تكون فيه من خرقة أو غيرها .

وقيل : هو صفة شده وعقده . انتهى .

فحيث جمع بين الوعاء والعفاص في الحديث تعيِّن أن يكون غيره .

قال في « القاموس » : والقارورة عفَصها : شدَّ عليها العفاص ؛ كأعفَصها . ثم قال : وككتاب : الوعاء فيه النفقة ، جلداً أو خرقة ، وغلاف القارورة ، والجلد يُغطى به رأسُها . انتهى .

وقال في فصل الصاد المهملة من باب الميم : وصِمَام القارورة وصِمامَتُها وصِمَّتُها ، بكسرهن : سِدادُها . وصَمَّها : سَدَّها . وأَصَمَّها : جعل لها صِماماً . انتهى .

إذا تقرر هذا فحيث ذكر العفاص في رواية دون الوعائين تعين أن يكون معناه الوعاء ، وإن[1] ذكر مع الوعاء فالأولى حمله على صفة الشد ؛ لقول القاضي وابن عقيل وغيرهما ،

ويتعرف المربط هل هو عِقدة[2] أو عقدتان وأُنْشوطة أو غيرها ؛ للاتفاق على الأمر بمعرفة صفاتها . وهذا منها .

والأُنشوطة قال في « القاموس » : كأُنبوبة : عقدة يسهل انحلالها كعَقْد[3] التِّكَّة . انتهى .

(و) حتى يعرف (**قدرها**) بالعد أو الوزن أو الكيل بمعيارها الشرعي ، (**وجنسها** ، **وصفتها**) التي تتميز بها من الجنس وهي نوعها ولونها .

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها »[4] . رواه الترمذي .

وفي بعض حديثه : « فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك »[5] . رواه مسلم .

---

(١) في ب : وإذا .

(٢) في ب : عقد .

(٣) في ج : كعقدة .

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٢) ٣ : ٦٥٥ كتاب الأحكام ، باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم .

(٥) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧٢٣) ٣ : ١٣٥٠ كتاب اللقطة .

وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال : « وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي ﷺ فقال : عرِّفها حولاً . فعرِّفتها حولاً . فلم تعرف . فرجعت إليه[1] فقال : اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها واخلطها بمالك . فإن جاء ربها فأدها إليه »[2] .

لأن[3] دفعها إلى ربها يجب بوصفها ، وإذا تصرف فيها قبل معرفة صفاتها لم يبق سبيل إلى معرفة وصفها بانعدامها بالتصرف .

ولأنه حيث وجب دفعها إلى ربها بوصفها . فلا بد من معرفته ؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به واجب .

(وسُن) للملتقط أن يكون (**ذلك عند وجدانها**) ؛ لأن في بعض ألفاظ حديث أبي بن كعب : « اعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة »[4] .

ولأنها ربما تضيع منه في حول التعريف فيصفها لواجدها أو ربما يحصل منه تفريط في حول التعريف . فيعرف القدر الواجب عليه بذلك .

ولأن في ذلك تحصيلاً للعلم بذلك .

(و) سن أيضاً عند وجدانها (**إشهاد عدلين عليها**) .

قال أحمد رحمه الله تعالى : لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها . وهذا النص ظاهر في الاستحباب ، وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه .

وعنه : يلزمه الإشهاد . اختاره أبو بكر وابن أبي موسى .

فعلى هذا إن لم يشهد ضمنها .

---

(١) في أ : عليه .

(٢) أخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٧٤) ٣ : ٦٥٨ كتاب الأحكام ، باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم .
وأخرجه أحمد في « مسنده » (٢٠٤١٦) ٥ : ١٢٦ .

(٣) في أ و ب : لأنه .

(٤) سبق تخريجه قريبًا .

والدليل على وجوبه قول رسول الله ﷺ : « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل »[1] .

ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه . وبهذا قال أبو حنيفة .

قال في « المغني » : ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب . فإنه أمرهما بالتعريف دون الإشهاد[2] .

ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة . فلو كان واجباً لبيّنه النبي ﷺ . سيِّما وقد سئل عن حكم اللقطة . فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها . فتعين حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب .

ولأنه أخذ أمانة . فلم يفتقر إلى الإشهاد ؛ كالوديعة .

والمعنى الذي ذكروه غير صحيح فإنه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه . وفائدة الإشهاد : صيانة نفسه من الطمع فيها وكتمها ، وحفظها من ورثته إن مات ، ومن غرمائه إن أفلس .

و (**لا**) يستحب الإشهاد (**على صفتها**) ؛ لئلا ينتشر ذلك فيدعيها من لا يستحقها . ويذكر صفتها كما قلنا في التعريف ، ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع .

قال أحمد في رواية صالح وقد سأله : إذا أشهد عليها . هل يبين كم هي؟ قال : لا . ولكن يقول : قد أصبت لقطة .

قال في « المغني » : ويستحب أن يكتب صفاتها ؛ ليكون أثبت لها ، مخافة أن ينساها إن اقتصر على حفظها بقلبه . فإن الإنسان عرضة النسيان . انتهى .

(**وكذا لقيط**) يعني : أنه يسن لمن وجد لقيطاً أن يشهد على وجدانه .

---

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (١٧٠٩) ٢ : ١٣٦ كتاب اللقطة ، باب في الشح .
وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٥٠٥) ٢ : ٨٣٦ كتاب اللقطة ، باب اللقطة .

(٢) سبق تخريج حديث زيد بن خالد ص (٦٠) رقم (٢) ، كما سبق تخريج حديث أبي بن كعب ص (٩٦) رقم (٢) .

قال في « الفروع » : وقيل يلزمه ؛ لئلا يسترقه[1] . فلو تركه فلا ولاية . ذكره في « الترغيب » . انتهى .

(**ومتى وصفها**) أي : اللقطة (**طالبُها**) أي : مدع ضياعها بصفاتها التي أمر الملتقط بأن يتعرفها : (**لزم دفعُها**) له (**بنمائها**) .

ومع رِقِّ ملتقَط ، وإنكار سيده فلا بُدَّ من بينة) . وإنما احتيج إلى بينة على التقاط الرقيق ؛ لأن إقرار العبد لا يصح فيما يتعلق برقبته . ذكره في « الإنصاف » .

وقال : صححه في « المستوعب » وقدمه في « الفروع » وغيره .

وقيل : لا يلزمه . انتهى .

ولا يشترط في لزوم الدفع بينة تشهد بالملك للواصف ، ولا أنها[2] ضاعت منه ، ولا يمينه على شيء من ذلك ، ولا أن يغلب على ظن الملتقط صدق طالبها .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . نص عليه . انتهى .

وقيل : لا يدفعها إليه إذا وصفها إلا مع ظن صدقه . قدمه في « الرعاية الكبرى » .

وقال في « المبهج » و« التبصرة » : جاز الدفع . ونقل ابن هانىء ويوسف بن موسى : لا بأس به .

وبالأول قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجبر على ذلك إلا ببينة . ويجوز له دفعها إليه إذا غلب على ظنه صدقه .

---

(١) في أ : يسرقه .
(٢) في أ : ولأنها .

وقال أصحاب الرأي : إن شاء دفعها إليه وأخذ كفيلاً بذلك ؛ لأن النبي ﷺ قال : « البينة على المدعي »[1] .

ولأن صفة المدعي لا يُستحق بها ؛ كالمغصوب .

قال في « المغني » : ولنا قول النبي ﷺ : « فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها إليه »[2] .

قال ابن المنذر : هذا الثابت عن رسول الله ﷺ . وبه أقول .

ورواه ابن القصار : « فإن جاء باغيها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه » .

وفي حديث زيد الذي ذكرناه : « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ، وإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه »[3] .

يعني : إذا ذكر صفاتها ؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث . ولو كانت شرطاً للدفع لم يجز الإخلال به ولا الأمر بالدفع بدونه .

ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر ؛ لأنها إنما تسقط حال الغفلة والسهو . فتوقف دفعها عليها منعٌ لوصولها إلى صاحبها أبداً .

وهذا يفوِّت مقصود الالتقاط ، ويفضي إلى تضييع أموال الناس . وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه ؛ كالإنفاق على اليتيم .

والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً ؛ لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقيناً ، وإتعاباً لنفسه بالتعريف الذي

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٤٢٧٧) ٤ : ١٦٥٦ كتاب التفسير ، باب : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ ﴾ .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٧١١) ٣ : ١٣٣٦ كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه .

(٢) سبق تخريجه ص (٩٦) رقم (٢) . عن أبي بن كعب رضي الله عنه .

(٣) سبق تخريجه ص (٦٠) رقم (٢) .

لا يفيد ، والمخاطرة بدينه بترك الواجب من تعريفها . وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً .

وعلى هذا نقول : لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه .

وقول النبي ﷺ : « البينة على المدعي »[1] : يعني : إذا كان ثَمَّ منكر ؛ لقوله في سياقه : « واليمين على من أنكر » ، ولا منكر هاهنا . على أن البينة تختلف ، وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعي اللقطة وصفها . فإذا وصفها فقد أقام بينة .

وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح فإن النزاع ثم في كونه مغصوباً والأصل عدمه ، وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج إلى البينة . وهاهنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وأن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف ، وقد ترجح صدقه فينبغي أن يدفع إليه . انتهى .

قال في « الفروع » : ومثله وصفه مغصوباً ومسروقاً . ذكره في « عيون المسائل » والقاضي وأصحابه على قياس قوله : إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دفن الدار في وصفه فهو له .

وقيل : لا ؛ كوديعة وعارية ورهن وغيره ؛ لأن اليد دليل الملك ولا تتعذر البينة . انتهى .

وظاهر ما تقدم أنه لو جاء مدع للقطة[2] ولم يصفها ولا أقام بينة أنها له : لم يجز دفعها إليه[3] . سواء غلب على ظنه صدقه أو لا ؛ لأنها أمانة . فلم يجز دفعها إلى من لم يثبت أنه صاحبها ؛ كالوديعة . فلو دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بها بينة : لزم الدافع غرامتها له ؛ لأنه فوَّتها على مالكها بتفريطه . وله الرجوع على مدعيها ؛ لأنه أخذ مال غيره . فإذا ضمنها لآخذها : لم يرجع على

---

(١) سبق قريباً .

(٢) في ج : اللقطة .

(٣) ساقط من أ .

أحد . وإن لم يأت لها طالب فللملتقط مطالبة آخذها بها ؛ لأنه لا يؤمن مجيء صاحبها فيغرمه إياها .

ولأنها أمانة في يده . فملك أخذها ممن أخذها بغير حق ؛ كالوديعة .

وحيث وجب الدفع فإنه يكون بنمائها المتصل ؛ لأنه ملك مالكها ولا يمكن انفصالها عنه .

ولأنه يتبع في العقود والفسوخ . وكذا المنفصل قبل تمام حول التعريف ؛ لأنه نماء ملكه .

(**والمنفصل بعد حول تعريفها لواجدها**) ؛ لأنه ملك اللقطة بانفصال الحول . فنماؤها إذاً نماء ملكه .

وقيل : لربها كالنماء المتصل ، وكمن استرجع ماله ممن أفلس وقد زاد زيادة منفصلة . والفرق بينهما : أن الملتقط يضمن النقص بعد الحول فتكون له الزيادة ؛ ليكون الخراج بالضمان . والمفلس لا ضمان عليه في النقص لغيره فأمكن أن لا يكون الخراج له . والله أعلم .

ثم اعلم أن أكثر الأصحاب حكى في المسألة الخلاف وجهين وهما روايتان في « الترغيب » و« التلخيص » .

(**وإن تلفت**) اللقطة (**أو نقصت قبله**) أي : قبل الحول بيد الملتقط ، (**ولم يفرِّط : لم يضمنها**)؛ لأنها أمانة بيده. فلم تضمن بغير تفريط؛ كالوديعة.

(**و**) إن تلفت أو نقصت (**بعده**) أي : بعد الحول فإن الملتقط (**يضمنها مطلقاً**) أي : سواء فرَّط فيها أو لم يفرط ؛ لأنها دخلت في ملكه . فكان تلفها من ماله .

قال في « المغني » : وتملك اللقطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها ، ويضمن له بدلها إن تعذر ردها . والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته . وإنما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه ، وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وقال أكثرهم : لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها . وهذا قول القاضي وأصحابه . بدليل أنه يملك المطالبة به . فأشبه القرض .

ولنا : قول النبي ﷺ : « فإن جاء صاحبها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء »[١] . فجعلها من المباحات .

ولأنه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ، ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ، ولا يلزمه أن يوصي به ، ولا يمتنع وجوب الزكاة من ماله بسبب الدين ، ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه . [وانتفاء أحكامه دليل[٢] على انتفائه .

وقال القاضي : يمنع ذلك وجوب الزكاة .

ولأنه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها ، ولو وقف ملكه لها على رضاه بالمعاوضة][٣] واختياره كالقرض والأمر بخلاف ذلك . وإنما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلفها . فإنها لو كانت موجودة لأخذها ولم يستحق لها بدلاً ، وإن كانت تالفة تجدد له ملك المطالبة ببدلها ، كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة ، وكما يتجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، وفي بدله إن كان معدوماً . وهذا أشبه بمسألتنا ، وبه يبطل ما ذكروه .

وأما القرض فإنه لما ثبت بدله في الذمة لم يعد الملك له في المقرض إلا برضى المقترض واختياره . انتهى .

وعنه : لا يضمنها الملتقط إذا تلفت . حكى ابن أبي موسى عن أحمد : أنه لوح في موضع إذا أنفقها بعد الحول والتعريف : لم يضمنها ؛ لحديث عياض بن حمار المرفوع[٤] : « فإن جاء ربها وإلا فهي[٥] مال الله يؤتيه من يشاء »[٦] .

---

(١) سبق تخريجه ص (٨٥) رقم (٣) .

(٢) في ج : حمل دليل .

(٣) ساقط من ب .

(٤) في ج : المعروف .

(٥) في أ و ب : فهو .

(٦) سبق تخريجه ص (٨٥) رقم (٣) .

وقيل : ولا يردها إذا كانت باقية .

(**وتعتبر القيمة**) في اللقطة إذا تلفت وقد زادت أو نقصت (**يوم عُرف ربها**) ؛ لأنه قد وجب على الملتقط رد العين إليه يوم معرفته به . فإذا لم يمكنه ردها إليه وجبت عليه قيمتها يومئذ .

وقيل : يوم ملكها .

وقيل : يوم تصرفه فيها .

وقيل : يوم غرم بدلها .

وأما إذا كانت من ذوات الأمثال فإنه يلزمه مثلها .

قال بعض الأصحاب : لا أعلم في هذا خلافاً .

(**وإن وصفها**) أي : اللقطة (**ثان قبل دفعها للأول : أُقرع**) بينهما ، (**ودُفعت إلى قارع بيمينه**) . نص عليه ، وبه جزم القاضي وابن عقيل .

قال الحارثي : والمذهب القرعة ودفعها إلى القارع مع يمينه . نص عليه .

قال في « المغني » : فإن وصفها اثنان أُقرع بينهما . فمن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه . وهكذا إن أقاما بينتين أُقرع بينهما . فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت إليه . ذكره القاضي .

وقال أبو الخطاب : تقسم بينهما ؛ لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع . فتساويا فيها ؛ كما لو كانت في أيديهما .

والذي قلناه أصح وأشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما .

ولأنهما تداعيا عيناً في يد غيرهما وتساويا في البينة أو في عدمها : فتكون لمن وقعت له القرعة . كما لو ادَّعيا وديعة في يد إنسان . فقال : هي لأحدكما لا أعرفه عيناً .

وفارق ما إذا كانت في أيديهما ؛ لأن يد كل واحد على نصفها فرجح قوله فيه .

(و) إن وصفها إنسان فدفعت إليه ثم جاء ثان (**بعده**) فادعاها ووصفها : (**لا شيء للثاني**) ؛ لأن الأول يستحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها حين

أخذها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه . فوجب إبقاؤها له ؛ كسائر ماله .

وقال أبو يعلى الصغير : إن زاد في الصفة احتمل تخريجه على بينة النتاج والنتاج . فإن رجحنا به رجحنا هنا .

(**وإن**) وصفها إنسان وأخذها ثم (**أقام آخر بينة أنها له : أخذها من واصف**) ؛ لأن البينة أقوى من الوصف . فيرجح صاحبها بذلك .

ولأنه يحتمل أن يكون الواصف رآها عند من أقام البينة فحفظ أوصافها فجاء وادعاها وهو مبطل .

(**فإن**) كانت قد (**تلفت**) عند الواصف كان عليه ضمانها ؛ لأن يده يد عادية . فضمنها ؛ كالغصب .

و (**لم يضمن ملتقط**) لمن أقام البينة شيئاً ؛ لأنه دفعها إلى الواصف بإذن الشرع . فلم يضمنها ؛ كما لو دفعها بأمر الحاكم .

ولأن الدفع واجب عليه فكان بغير اختياره . فلم يضمن ؛ كالمكرَه .

وقيل : لمن أقام البينة تضمين من شاء من الواصف والملتقط الدافع إليه ، إلا أن يكون قد دفعها بأمر حاكم ؛ لأن أخذها بأمر الحاكم على سبيل القهر يشبه ما لو غصبها منه غاصب .

وإن كان الملتقط إنما أعطى الواصف بدل اللقطة بمقتضى أنها قد كانت تلفت عنده : لم يكن لذي البينة طلب الواصف ؛ لأن ما أخذه ليس من ماله وإنما هو من مال الملتقط . وتعين طلبه على الملتقط ؛ لأن ماله إنما تلف تحت يده . وللملتقط الرجوع على الواصف بما أخذه ؛ لتبين عدم استحقاقه له .

ومحل ذلك : ما لم يكن أقر للواصف بملكها فإنه حينئذ يكون مدعياً أن مقيم البينة ظلمه بتضمينه . فلا يملك الرجوع به على غير من ظلمه .

وإن التقطها اثنان فعرفاها حولاً فلم تعرف كانت بينهما بالسوية . وكذا لو كان الملتقط أكثر من اثنين .

وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها ، أو رآها أحدهما وأعلم بها صاحبه فأخذها : فهي لآخذها ؛ لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية ؛ كالاصطياد .

وإن قال أحدهما لصاحبه : هاتها فرفعها . نظرت في نيته فإن رفعها لنفسه فهي له دون الآمر ، وإن رفعها للآمر فهي له ؛ كما لو وكله في الاصطياد له . ذكره في « المغني » .

قال ابن نصر الله في حاشيته على هذا المحل : فإن رفعها من غير نية احتمل وجهين : أقواهما أنها للآخذ . وجزم في « الكافي » بأنها للآخذ ؛ لأنه لا يصح التوكيل فيه ولم يذكر النية ليكون كلامه في « الكافي » على ما إذا لم تكن له نية ، وهنا على ما إذا كانت له نية . وإن قال : ارفعها لي[1] فيتوجه أنها للآمر ، إلا أن ينوي نفسه . انتهى .

(**ولو أدركها ربها بعد الحول مبيعة أو موهوبة**) بعد الحول والتعريف وهي بيد من انتقلت إليه : (**فليس له**) أي : لربها (**إلا البدل**) ؛ لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً ؛ لكونها صارت في ملكه .

(**ويُفسخ**) العقد إن أدركها ربها (**زمن خيار ، وترد**) له ؛ (**كـ**) ما لو أدركها (**بعد عودها**) إلى الملتقط (**بفسخ أو غيره**) ؛ لأنه وجد عين ماله في يد ملتقطه . فكان له أخذه ؛ كالزوج إذا طلق[2] قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة .

(**أو**) كما لو أدركها بعد (**رهنها**) فإن ربها ينتزعها من يد المرتهن ؛ لقيام ملكه وانتفاء إذنه . قاله الحارثي .

قال في « الإنصاف » : قلت : يتوجه عدم الانتزاع ؛ لتعلق حق المرتهن به .

(**ومُؤْنة الرد**) أي : رد اللقطة إلى مالكها إن احتاج إلى مُؤْنة (**على ربها**) .

---

(١) في ج : إليّ .
(٢) في أ : إلى طلقا . وهو تصحيف .

ذكره في « التعليق » و« الانتصار » ؛ لتبرع الملتقط بحفظها . ومعناه في « منتهى الغاية » في عدم سقوط الزكاة بتلف المال قبل التمكن .

وفي « التغريب » و« الرعاية » : عليه .

(**ولو قال مالكها بعد تلفها**) بيد الملتقط قبل زمن التعريف المشروع : عليك ضمانها بتعدِّيك لكونك إنما (**أخذتها لتذهب بها**) لا لأن تعرفها ، (**وقال الملتقط**) : إنما أخذتها (**لأعرفها** : **فقوله**) أي : الملتقط (**بيمينه**) . ذكره المجد في « شرحه » .

ووجهه : أنه منكر ، وأن الأصل براءة ذمته .

(**ووارث**) للملتقط أو لرب اللقطة (**فيما تقدم**) من الأحكام (**كمورِّثه**) .

ومن ذلك : أن الملتقط إذا مات واللقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول . ودخولها في ملكه بعد إتمام التعريف . وإن مات بعد الحول ورثها الوارث ؛ كسائر أموال الميت .

ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث . وإن كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، أو بقيمتها إن لم تكن كذلك . فيأخذ ذلك من تركته إن اتسعت لذلك .

وإن ضاقت زاحم الغرماء . سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله ؛ لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول .

وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريط فلا شيء لصاحبها ؛ لأنها أمانة تلفت بغير تفريط . فلم تضمن ؛ كالوديعة .

فأما إن لم يعلم تلفها ولم توجد في التركة : فقال في « المغني » : إن ظاهر كلام الخرقي : أن صاحبها غريم بها . سواء كان قبل الحول أو بعده ؛ لأن الأصل بقاؤها . قال : ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها ؛ لأن الأصل براءة ذمة الملتقط منها ، ويحتمل أن تكون قد تلفت بغير تفريطه فلا تشتغل ذمته بالشك .

ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه ؛ لأنها كانت أمانة عنده لم تعلم خيانته فيها . والأصل براءة ذمته منها .

وإن مات بعد الحول فهي في تركته ؛ لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ، ودخولها في ملكه ، ووجوب بدلها عليه .

فإن قيل : قد[1] قلتم أن صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلتم أنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها ؟

قلنا : لأن الوارث خليفة الموروث . وإنما [2] يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه ، ومِلك موروثه فيها كان مراعى مشروطاً بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه . بخلاف ملك المشتري والمتهب فإنهما يملكان ملكاً مستقراً . انتهى .

قال ابن نصر الله : ولأن البيع والهبة اختياري ، والإرث قهري .

(**ومن استيقظ**) من نوم وإغماء (**فوجد في ثوبه**) أو كيسه (**مالًا**) دراهم أو غيرها (**لا يدري من صرَّه**) أو وضعه : (**فهو له**) ولا تعريف عليه ؛ لأن قرينة الحال تقتضي تمليكه له .

قال في « الإنصاف » : ولأحمد نص يوجب التعريف وينفي الملك .

(**ولا يبرأ من أخذ من نائم شيئاً ، إلا بتسليمه له**) بعد انتباهه .

قال في « الإنصاف » : وكذلك الساهي . انتهى .

يعني : أن من أخذ من إنسان ساهٍ شيئاً في حال سهوه : لم يبرأ إلا برده عليه بعد زوال حالة السهو عنه .

ووجه ذلك : أن الأخذ في حالة من هاتين الحالتين موجب لضمان المأخوذ على آخذه ؛ لوجود التعدي ؛ لأنه إما سارق أو غاصبٌ . فلا يبرأ من عهدته إلا برده على مالكه في حالة يصح قبضه له فيها . والله أعلم .

---

(١) في أ : فلم .

(٢) في أ : فإنما .

(**ومن وجد في حيوان نقداً**) ؛ كما لو اشترى إنسان شاة فذبحها فوجد في بطنها دنانير ودراهم (**أو دُرَّة**) أو عنبرة : (**فلقطة**) يلزمه تعريفها . ويبدأ بالبائع ؛ لاحتمال أن يكون ذلك من ماله . فإن لم يعرف كان (**لواجده**) .

قال في « الفروع » : نص عليه .

ونقل ابن منصور : ولبائع ادعاه . إلا أن يدعي مشترٍ أنه أكله عنده فله .

(**وإن وجد**) إنسان (**دُرة غير مثقوبة في سمكة : فلصياد**) .

قال في « الفروع » : لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها .

قال في « المغني » : لأن الدر يكون في البحر . بدليل قول الله تعالى[1] : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ [فاطر : ١٢] .

حتى ولو باعها الصياد . نص عليه ؛ لأنه إذا لم يعلم ما في بطنها لم يبعه ولم يرض بزوال ملكه . فلم يدخل في البيع ؛ كمن باع داراً له مال مدفون فيها .

وإن كانت الدرة فيها أثر لآدمي ؛ مثل : إن كانت مثقوبة ومتصلة بذهب أو فضة أو غيرها : فلقطة لا يملكها الصياد ؛ كما لو وجد في بطن السمكة دراهم أو دنانير .

ومن صاد غزالاً أو نحوه فوجده مخضوباً أو في عنقه خرزاً وفي إذنه قرط أو نحوه ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه قبل ذلك : فهو لقطة .

وقال أحمد : فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت بها سمكة فجذبت السمكة فمرت بها في البحر فصادها رجل : فإن السمكة للذي حازها والشبكة يُعرِّفها ويدفعها إلى صاحبها .

فجعل الشبكة لقطة ؛ لأنها مملوكة لآدمي . والسمكة لمن صادها ؛ لأنها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة ؛ لكون شبكته لم تثبتها . فبقيت على الإباحة . ذكره في « المغني » .

ونقل عن أحمد : في رجل انتهى إلى شرَك فيه حمار وحشي أو ظبية قد

---

(١) في أ : قوله تعالى .

شارف الموت فخلصه وذبحه : هو لصاحب الأحبولة . وما كان من الصيد في الأحبولة فهو لمن نصبها وإن كان بازياً أو صقراً أو عقاباً .

قال : وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب من[1] صاحبه فدعاه فلم يجبه ومر في الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال : يرده على صاحبه . قيل له : فإن دعاه فلم يجبه فنصب له شركاً فصاده به ؟ قال : يرده على صاحبه .

قال في « المغني » : فجعل هذا لصاحبه ؛ لأنه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه . والسمكة في الشبكة لم يكن مالكها ولا حازها . ولذلك جعل ما وقع في الأحبولة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الأحبولة ولم يجعله هاهنا لمن وقع في شركه ؛ لأن هذا فيما علم أنه قد كان مملوكاً لإنسان فذهب . وإنما يعلم هذا بالخبر ، ويوجد ما يدل على الملك فيه ؛ مثل : وجود السير في رجله . وآثار التعليم ؛ مثل : استجابته للذي يدعوه ونحو ذلك . ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده ؛ لأن الأصل عدم الملك فيه وإباحته . انتهى .

(**ومن ادعى ما**) أي : مالاً (**بيد لص أو ناهب أو قاطع طريق**) قد قدر عليه ، (**ووصفه**) أي : وصف ما ادعاه بصفة تُميِّزه : (**فهو له**) بمجرد الوصف . ولا يكلف بينة تشهد بملكه إياه ؛ لأنه بيد من لم يدع ملكه .

قال ابن رجب في القاعدة الثامنة والتسعين : من ادعى شيئاً ووصفه دفع إليه بالصفة إذا جهل ربه ولم تثبت عليه يدٌ من جهة مالكه ، وإلا فلا . ويتخرج على ذلك مسائل . ثم قال : ومنها : الأموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة ؛ كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة . انتهى .

***

---

(١) في أ و ب : عن .

[فصل : لا فرق بين ملتقط غني وفقير]

(**فصل . ولا فرق بين ملتقط غني و**) بين ملتقط (**فقير ، و**) لا بين ملتقط (**مسلم و**) ملتقط (**كافر ، و**) لا بين ملتقط (**عدل و**) ملتقط (**فاسق يأمن نفسه عليها**) ؛ لأن الالتقاط نوع اكتساب . فكان الفاسق والكافر من أهله ؛ كالاحتشاش والاحتطاب .

قال في « الإنصاف » : وهذا المذهب . جزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » و« المستوعب » و« الرعاية الصغرى » و« الحاوي الصغير » و« الفروع » .

قال ابن منجى في « شرحه » : هذا المذهب . انتهى .

وقيل : تدفع لقطة الكافر لعدل ؛ لتعذر حفظها منه .

وقيل : يضم إليه عدل .

قال في « المغني » : وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم إليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ويُعرِّفها ؛ لأننا لا نأمن من الكافر على تعريفها ، ولا نأمنه أن يخل بالتعريف بشيء من الواجب عليه فيه . وأَجْرُ المشرف عليه فإذا تم حول التعريف ملكها الملتقط .

ويحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل ؛ لأنه غير مأمون عليها . انتهى .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها وقطع به جماعة .

قال في « المغني » : ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة ؛ لأنه

يُعرِّض نفسه للأمانة وليس هو من أهلها . فإن التقط صح[1] التقاطه ؛ لأنها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب .

ولأنه إذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى . فإذا التقطها فعرفها حولاً ملكها ؛ كالعدل[2] .

وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم إليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي ؛ لأنه لا يأمنه[3] عليها ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه . وقال في الآخر : ينزعها من يده ويضعها في يد عدل .

ولنا : أن من خلي بينه وبين الوديعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل . والحفظ يحصل بضم المشرف إليه ، وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد عدل . فإذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطها ؛ لأن سبب الملك وجد منه . انتهى .

وتقدمت رواية : أن لا يملكها بعد حول التعريف ملتقطها ، إلا إذا كان فقيراً من ذوي القربى .

(**وإن وجدها**) أي : اللقطة (**صغير أو سفيه أو مجنون**) : صح التقاطه ؛ لأنه نوع تكسب . فصح منه ؛ كالاصطياد والاحتطاب . و (**قام وليه**) أي : ولي واجدها من هؤلاء (**بتعريفها**) ؛ لأنه قد ثبت لواجدها حق التمول فيها فكان على وليِّه القيام بها .

(**فإن تلفت بيد أحدهم**) أي : بيد الواجد لها منهم (**و**) كان قد (**فرط**) في[4] حفظها : (**ضمن**) ما تلف منها بتفريطه في ماله .

---

(١) في أ : اللقط يصح .
(٢) في أ : لها كالعدول .
(٣) في أ و ب : نأمنه .
(٤) ساقط من أ .

قال في « الفروع » : نص عليه في صبي .

(**كإتلافه**) وكعبد .

وفي « المنتخب » وغيره : لا يضمن .

(**وإن كان**) تلفها (**بتفريط الولي**) أي : ولي الواجد لها بأن علم بها ولم يأخذها منه ؛ لكونه ليس أهلاً للحفظ حتى تلفت : (**فعليه**) أي : على الولي ضمانها ؛ لأنه هو المضيِّع لها ؛ لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق مَوْليّه .

(**فإن**) لم تتلف وعرَّفها الولي و (**لم تعرف** : **فلواجدها**) أي : فتدخل في ملك واجدها ؛ لأن سبب الملك تم بشرطه فيثبت الملك عقبه .

ولو كان الصغير مميزاً فعرَّفها بنفسه فقال في « الإنصاف » : قال الحارثي : فظاهر كلامه في « المغني » عدم الإجزاء . والأظهر الإجزاء ؛ لأنه يعقل التعريف . فالمقصود حاصل . واقتصر على كلامهما في « القواعد الأصولية » . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

وإن لم يعرفها الصغير ولا الولي فقال في « المغني » : قال أحمد في رواية العباس بن موسى : في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر : فإن وجد صاحبها دفعها إليه ، وإلا تصدق بها قد مضى أجَل التعريف فيما تقدم من السنين . ولم ير عليه استقبال أجل التعريف . قال : وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف : إذا لم يجد صاحبها . أيتصدق بمال الغير ؟ .

وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما تقدم[1] إذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها فإنه لا يملكها ، وإن عرفها فيما بعد ذلك ؛ لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها ويترك طلبها . وهذه المسألة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر كان كتركه لغير عذر ؛ لكون الصبي من أهل العذر ، وقد ذكرنا في هذا الوجهين فيما تقدم .

---

(١) ص (٨٣) .

وقال أحمد : في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنانير فذهب بها إلى منزله فضاعت . فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها : تصدق بها . فإن لم يجد عشرة وكان يحجف به ، تصدق قليلاً قليلاً .

قال القاضي : معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي . وهو أنه لم يُعلم وليّه حتى يقوم بتعريفها . انتهى .

(**والرقيق**) يصح التقاطه ؛ لعموم الأحاديث .

ولأن الالتقاط سبب يملك به الصغير ويصح منه . فصح[1] من الرقيق ؛ كالاصطياد .

قال في « الفروع » : ولعبد أن يلتقط[2] ويعرف بلا إذن سيده في الأصح فيهما ؛ لأنه فعل حسي كاحتطابه . فلم يمكن رده . انتهى .

وقيل : ليس له ذلك بدون إذن السيد . اختاره أبو بكر . وهو رواية ذكرها الزركشي وغيره ، وجزم به في « البلغة » .

ومع[3] كونه يصح التقاطه وتعريفه بغير إذن سيده (**لسيده أخذها**) منه ليتولى تعريفها ؛ لأنها من كسبه وللسيد انتزاع كسبه من يده .

وإن كان العبد قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه .

(**و**) لسيده أيضاً (**تركها معه**) أي : مع الرقيق الملتقط (**إن كان عدلاً يتولى تعريفها**) وكان[4] السيد مستعيناً به في حفظها كما يستعين به في حفظ سائر ماله . وإن كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده فيضمنها إن تلفت ؛ كما لو أخذها من يده ثم ردها إليه ؛ لأن يد العبد كيده وما يستحق بها فهو لسيده .

---

(١) في أ : فيصح .
(٢) في أ : يلقط .
(٣) في أ : ومن .
(٤) في أ : وإن كان .

وإن أعتق السيد عبده بعد التقاطه كان له انتزاع اللقطة من يده ؛ لأنها من كسبه .

(**وإن لم يأمن**) الرقيق الملتقط (**سيده**) عليها أي : على اللقطة : (**لزمه سترها عنه**) ؛ لأنه يلزمه حفظها ، وذلك وسيلة إليه ويسلمها إلى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان .

فإن أعلم سيده بها فلم يأخذها منه وأخذها فعرفها وأدى الأمانة فيها فتلفت في الحول الأول بغير تفريط : فلا ضمان فيها ؛ لأنها لم تتلف بتفريط من أحدهما .

(**ومتى تلفت**) اللقطة (**بإتلافه**) أي : إتلاف الرقيق الملتقط ، (**أو تفريطه**) بأن دفعها لسيده وهو لا يأمنه عليها أو غير ذلك فتلفت : (**ففي رقبته**) ضمانها . نص عليه ؛ لأنه أتلف مال غيره . فكان ضمانه في رقبته ؛ كغير اللقطة .

وعنه : إن وجد ذلك قبل الحول فالضمان في رقبته ، وإن وجد بعد الحول فهو في ذمته .

وقيل : إن تلفت بتفريطه بدفعها لسيده وهو لا يأمنه عليها تعلق الضمان برقبة العبد وذمة السيد جميعاً .

ونقل ابن منصور : جنايته في رقبته ، وإذا خرق ثوب رجل هو دين عليه .

(**ومكاتب**) في التقاطه (**كحر**) ؛ لأن المكاتب يملك اكتسابه ، وهذا منها . ومتى عاد قناً بعجزه كانت كلقطة القن .

(**و**) أما (**مُبَعَّض**) يلتقط شيئاً (**فبينه وبين سيده**) على قدر ما فيه من الحرية والرق ؛ كسائر اكتسابه .

(**وكذا**) في الحكم (**كل نادر من كسب ؛ كهبة وهدية ووصية ، ونحوها**) ؛ كنِثار يقع في حجره .

(**ولو أن بينهما**) أي : بينه وبين سيده (**مُهايأة**) أي : موافقة على أن يكون كسبه لنفسه مدة معلومة ولسيده مدة معلومة ؛ لأن الكسب النادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلا يدخل في المهايأة .

وقيل : بلى .

فعلى هذا إن وجد اللقطة [في نوبته[1] كانت له ، وإن وجدها][2] في نوبة سيده كانت لسيده .

وإن كان الرقيق الملتقط بين شركاء فاللقطة بينهم على قدر حصتهم منه . والله سبحانه وتعالى أعلم[3] .

* * *

(١) في أ : ثبوته . وهو تصحيف .
(٢) ساقط من ب .
(٣) في ب : والله أعلم .

[باب : اللقيط]

هذا (**باب**) يذكر فيه مسائل من أحكام اللقيط . فعيل بمعنى[1] المفعول ؛ كقتيل وجريح وطريح .

ثم (**اللقيط**) شرعاً : (**طفل لا يُعرف نسبه ولا**) يعرف (**رقه ، نُبذ**) بالبناء للمفعول . أي : طرح في شارع أو غيره ، (**أو**) لم ينبذ بل (**ضَلَّ**) ما بين ولادته (**إلى سن التمييز**) .

قال في « الإنصاف » : فقط على الصحيح من المذهب . انتهى .

(**وعند الأكثر : إلى البلوغ**) .

قال في « التنقيح » : وقيل : والمميز إلى البلوغ ، وعليه الأكثر . انتهى .

قال في « الفائق » : وهو المشهور .

قال الزركشي : هذا المذهب .

قال في « التلخيص » : والمختار عند أصحابنا : أن المميز يكون لقيطاً ؛ لأنهم قالوا : إذا التقط رجل وامرأة معاً مَن له أكثر من سبع سنين : أقرع . ولم يخير . بخلاف الأبوين . فلو نبذ أو ضل طفل معروف النسب أو معلوم الرق فرفعه من يعرفه أو غيره فهو لقيط لغة لا شرعاً .

(**والتقاطه**) أي : اللقيط شرعاً (**فرض كفاية**) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : ٢] .

ولأن فيه إحياء نفسه . فكان واجباً ؛ كإطعامه إذا اضطر ، وإنجائه من الغرق . فلو تركه جميع من رآه أثم الجميع .

---

(١) في أ : معنى .

وقال الحلواني : يستحب لمن رآه أن يأخذه ويربيه إن كان أميناً ، وإن كان سفيهاً فللحاكم رفع يده عنه وتسليمه إلى أمين ليربيه .

وله ثلاثة أركان :

* اللقيط . وقد عُرف .

* والالتقاط . وفي وجوب الإشهاد عليه ما في اللقطة[1] .

وقيل : يجب قولاً واحداً ؛ لئلا يسترقه .

* والملتقط وهو : كل حر مكلف رشيد عدل ولو ظاهراً . وسيأتي التنبيه على ذلك .

(**ويُنفق عليه مما معه**) إن كان معه شيء ؛ لأن نفقته واجبة في ماله .

وما وجد معه فهو ماله ؛ لأن الطفل يملك وله يد صحيحة . بدليل أنه يرث ويورث ، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع من ماله .

(**وإلا فمن بيت المال**) ؛ لما روي عن سنين أبي جميلة قال : « وجدت ملقوطاً . فأتيت به عمر رضي الله تعالى عنه . فقال : عريفي يا أمير المؤمنين ! إنه رجل صالح . فقال عمر : أكذلك هو ؟ قال نعم . قال : فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته »[2] . رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا ، وقال : « علينا رضاعه » . ذكره في « المغني » .

(**فإن**) لم يكن معه شيء و (**تعذر**) أخذ نفقته من بيت المال ؛ لكونه لا مال فيه ، أو لكون البلد ليس بها بيت المال أو نحو ذلك : (**اقترض عليه**) أي : على بيت المال (**حاكم**) . قاله الحارثي ، نقله عنه في « الإنصاف » . وظاهره ولو مع وجود متبرع بها ؛ لأنه أمكن الإنفاق عليه بدون مِنّة تلحقه في المستقبل . أشبه الأخذ بها من بيت المال .

---

(١) ر ص (٩٦) .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ٢٠٢ كتاب اللقطة ، باب التقاط المنبوذ وأن لا يجوز تركه ضائعاً .

(**فإن تعذر**) الاقتراض عليه : (**فعلى من علم حاله**) الإنفاق عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : ٢] .

ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه . وحفظه عن ذلك واجب ؛ كإنقاذه من الغرق .

(**ولا يرجع**) إذاً منفق بما أنفقه ؛ لوجوبه عليه . (**فهي**) أي : فالنفقة على من علم به (**فرض كفاية**) إذا قام به قوم سقط عن الباقين ، وإن تركه الكل أثموا .

قال في « التنقيح » : وقيل : يرجع عليه بنية الرجوع . وقدمه في « الفروع » . انتهى .

قال في « الإنصاف » : الإنفاق يجب مجاناً عند القاضي وجماعة . منهم صاحب « المستوعب » و« التلخيص » ، واختاره صاحب « الموجز » و« التبصرة » وقالا : له أن ينفق عليه من الزكاة . وقدمه في « الرعاية » .

قال الحارثي : وهو أصح .

وقال : وكلام المصنف في « المغني » يقتضي ثبوت العوض للمنفق إن اقترن بالإنفاق قصد الرجوع . وقدمه في « الفروع » ؛ لأنه جعل الإنفاق عليه بنية الرجوع ، كمن أدى حقاً واجباً عن غيره على ما تقدم في باب الضمان .

وقال في القاعدة الخامسة والسبعين : نفقة اللقيط خرّجها بعض الأصحاب على الروايتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره ، على ما تقدم في باب الضمان .

ومنهم من قال : يرجع هنا قولاً واحداً ، وإليه ميل صاحب « المغني » ؛ لأن له ولاية على اللقيط .

ونص أحمد : أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال . انتهى .

وقال الناظم : إن نوى الرجوع واستأذن الحاكم : رجع على الطفل بعد الرشد ، وإلا رجع على بيت المال .

قال الحارثي : وناقض السامري وصاحب « التلخيص » فقالا : بعد تعذر

الاقتراض على بيت المال ، وامتناع من وجب الإنفاق عليه مجاناً إن أنفق الملتقط رجع على اللقيط في إحدى الروايتين .

والأخرى : لا يرجع ما لم يكن الحاكم أذن له في الإنفاق . زاد في « التلخيص » : والأصح أنه يرجع . انتهى .

قال الحارثي : والوجوب مجاناً واستحقاق العوض لا يجتمعان ، وإنما ذلك ـ والله أعلم ـ ما إذا كان للقيط مال تعذر إنفاقه لمانع ، أو ينتظر حصوله من وقف أو غيره . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

وعبارته في « الفروع » : وإن أنفق ففي رجوعه بنيته الخلاف . ولا يلزمه . واختار في « الموجز » و« التبصرة » : لا يرجع ، وفيهما : له أن ينفق عليه من الزكاة ، وما حكي من أنه لا يرجع مع إذن الحاكم سهو . وإنما اعتبر في إنفاق المودَع من[1] الوديعة على ولد ربها الغائب إذن حاكم ؛ لأنه يشترط[2] عنده إثبات حاجته ؛ لعدم ماله وعدم نفقة متروكة برسمه . انتهى .

(**ويحكم بإسلامه**) أي : اللقيط (**وحريته**) .

أما كونه يحكم بإسلامه بوجوده في دار الاسلام مع وجود مسلم أو مسلمة يمكن كونه من أحدهما ؛ فلظاهر الدار وتغليب الاسلام فإنه يعلو ولا يعلى عليه .

وأما كونه يحكم بحريته ؛ فلأنها الأصل في الآدميين فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً، وإنما الرق لعارض. فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل.

(**إلا أن يوجد**) اللقيط (**في بلد أهل حرب ، ولا مسلم فيه ، أو فيه مسلم ؛ كتاجر وأسير : فكافر رقيق**) ؛ لأن الدار لهم . وإذا لم يكن فيها مسلم كان أهلها منهم ، وإن كان فيها قليل من المسلمين غلب فيها حكم الأكثر من أجل كون الدار لهم .

---

(١) في أ و ب : في .

(٢) في أ : لأنه لا يشترط . وهو تصحيف .

وقيل : يحكم بإسلامه في الصورتين .

أما في الأولى ؛ فلاحتمال أن يكون بها مؤمن يكتم إيمانه واللقيط منه .

وأما في الثانية ؛ فلتغليب الإسلام .

وقيل يحكم بإسلامه في الصورتين اعتباراً بفقد أبويه .

وقال في « الرعاية » : وإن كان فيها مسلم ساكن فاللقيط مسلم . وإلى ذلك أشار الحارثي فقال : مثَّل الأصحاب في المسلم هنا بالتاجر والأسير واعتبروا إقامته زمناً حتى صرح في « التلخيص » أنه لا يكفي مروره مسافراً . انتهى .

(**وإن كثُر المسلمون**) في دار الحرب (**فـ**) اللقيط فيها (**مسلم**) . قاله في « الفائق » و« الحاوي الصغير » وابن عبدوس في « تذكرته » وصاحب « الرعايتين » وغيرهم . ومثَّل مسألة الخلاف في « الرعاية » بالمسلم الواحد .

(**أو**) إلا أن يوجد (**في بلد إسلام كل أهله ذمة : فكافر**) ؛ لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال ، وهذه لا مسلم فيها يحتمل كونه منه .

وقيل : بل يحكم بإسلامه ؛ لأن الدار للمسلمين . واحتمال كونه من مسلم يكتم إيمانه .

(**وإن كان بها**) أي : ببلد الإسلام التي كل أهله ذمة (**مسلم يمكن كونه**) أي : اللقيط (**منه**) أي : من المسلم : (**فـ**) اللقيط بها (**مسلم**) .

قال بعض الأصحاب : قولاً واحداً ؛ تغليباً للإسلام . ولظاهر الدار .

(**وإن لم يبلغ من**) أي : اللقيط الذي (**قلنا بكفره تبعاً للدار**) أي : لدار الكفر ، (**حتى صارت**) دار الكفر (**دار إسلام : فمسلم**) أي : حكمنا بإسلامه تبعاً للدار ؛ لأنها صارت دار إسلام .

(**وما وُجد معه**) أي : مع اللقيط (**من فراش تحته ، أو**) من (**ثياب**) فوقه ، (**أو مال في جيبه أو تحت فراشه ، أو**) وجد ذلك (**مدفوناً تحته**) دفناً (**طرياً**) بأن كان الحفر متجدداً ، (**أو**) وجد ذلك (**مطروحاً**) حال كون الطرح

(**قريباً منه ، أو**) وجد معه (**حيوان مشدود بثيابه**) ، أو وجد اللقيط مشدوداً على دابة أو في سرير أو صندوق : (**فله**) .

قال في « الإنصاف » : وقال في « المغني » و« الكافي » و« الشرح » وابن رزين في « شرحه » وغيرهم : وكذا لو كان مجعولاً في دار أو خيمة تكون له . وظاهر كلام المجد وجماعة : خلافه . انتهى .

ووجه كون ما وجد معه له : أن الطفل يملك ملكاً صحيحاً ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة ؛ كالبالغ . فيحكم بثبوت ملكه على ما معه لثبوت يده عليه .

وفي بعض صور ما تقدم خلاف . فمن ذلك : المال المدفون تحته ، وقد علم من المتن : أن المذهب : أنه إذا كان الدفن طرياً كان له ، وإلا فلا ، اعتماداً على القرينة .

قال في « الإنصاف » عن هذا التفصيل : وهو المذهب في « التصحيح » ، وقطع به ابن عقيل وصاحب « الخلاصة » و« المحرر » و« الوجيز » و« المنور » و« تذكرة ابن عبدوس » .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الثاني : لا يكون له . قدمه في « الهداية » و« المستوعب » و« الكافي » و« التلخيص » و« النظم » و« شرح ابن رزين » . وهو المذهب على المصطلح في الخطبة .

وحكى في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » وجهاً : أنه له ولو لم يكن الدفن طرياً . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ـ يعني : في « المقنع » ـ وهو بعيد جداً ، ولم يذكره في « المغني » و« الفروع » و« شرح الحارثي » . انتهى .

ومن ذلك المال المطروح قريباً منه ، وقد علمتَ من المتن : أن المذهب أنه له ؛ لأن الظاهر أنه تُرِكَ له فهو بمنزلة ما هو تحته .

ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده . والحمَّال إذا جلس للاستراحة ترك حمله قريباً منه .

قال في « الإنصاف » عن هذا القول : وهو الصحيح من المذهب صححه في « المغني » و« الشرح » و« الفائق » و« التصحيح » ، وجزم به في « الخلاصة » و« المحرر » و« الوجيز » و« المنور » .

وقيل : لا يكون له ؛ لأنه منفصل عنه . أشبه المطروح بعيداً منه .

قال في « الإنصاف » : وكذا قول ثالث في أصل المسألتين بالفرق بين الملقى قريباً منه وبين المدفون تحته . فيكون الملقى القريب له دون المدفون تحته . قاله في « المجرد » وقطع به .

قال الحارثي : ويقتضيه إيراده في « المغني » .

قلت : قدم في « الكافي » و« النظم » : أنه لا يملك المدفون ، وأطلق في الملقى القريب الوجهين . انتهى .

قال في « الفروع » بعد إطلاق الوجهين في المسألتين : وقيل : إن وجد رقعة فيها أنه له : فله . انتهى .

يعني : وإن لم توجد رقعة أنه له فليس له على هذا القول . والله أعلم .

وكلما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة . قاله في « المغني » .

(**والأولى بحضانته**) أي : اللقيط (**واجده : إن كان أميناً عدلاً**) ؛ لأن عمر رضي الله تعالى عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه : « إنه رجل صالح »[(١)] .

ولأنه سبق إليه فكان أولى به .

(**ولو**) لم يعلم باطن حاله كفى كونه عدلاً (**ظاهراً**) ؛ لأن هذا حكمه حكم

---

(١) سبق تخريجه ص (١١٧) رقم (٢) .

العدل باطناً وظاهراً في لقطة المال ، والولاية في النكاح ، والشهادة فيه ، وفي أكثر الأحكام .

ولأن الأصل في المسلمين العدالة .

ولذلك قال عمر رضي الله تعالى عنه : « المسلمون عدول بعضهم على بعض »[1] .

ويشترط مع ذلك أن يكون (**حرًّا**) تام الحرية ؛ لأن كلاً من القن والمدبر والمعلق عتقه بصفة ، وأم الولد منافعه مستحقة لسيده فلا يذهبها في غير نفعه إلا بإذنه . وكذلك المكاتب فإنه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك . وكذلك المبعض فإنه لا يتمكن من استكمال الحضانة .

وعلم مما تقدم أنه يقر في يده مع إذن سيده ؛ لأنه يصير كأن السيد التقطه واستعان برقيقه في[2] حضانته .

قال ابن عقيل : إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه .

ويشترط مع ذلك كونه (**مكلفاً**) ؛ لأن غير المكلف لا يلي أمر نفسه فلا يلي أمر غيره .

ويشترط في الملتقط أيضاً مع ما تقدم كونه (**رشيداً**) فلا يقر بيد سفيه . جزم به في « الهداية » و« المذهب » و« المستوعب » و« التلخيص » وغيرهم ؛ لأنه لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون ولياً على غيره .

قال في « الإنصاف » : وظاهر كلام المصنف هنا وصاحب « المحرر » وغيرهما : أنه يقر بيده ؛ لأنه أهلٌ للأمانة والتربية .

قال الحارثي : وهذا أصح . وهو ظاهر ما قدمه في « الفروع » .

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ١٠ : ١٩٧ كتاب الشهادات ، باب من جرب بشهادة زور لم تقبل شهادته .

(٢) ساقط من أ .

قلت : وهو الصواب . انتهى .

ويجوز لكل من قلنا لا يقر اللقيط بيده التقاطه ؛ لأن عدم الإقرار بيده دواماً لا يمنع أخذه ابتداء .

ولأن أخذ اللقيط قربة فلا يختص بواحد دون آخر . إلا الرقيق فإنه لا يجوز له التقاطه إلا بإذن سيده . إلا أن لا يعلم به سواه . فيجب عليه التقاطه ؛ لأنه تخليص له من الهلاك . أشبه تخليصه من الغرق .

(**وله**) أي : لواجده المتصف بالصفات المتقدمة (**حفظ ماله**) أي : مال اللقيط ؛ لأنه وليه .

ووجه كونه وليه : أنه الأولى بحضانته لا من أجل قرابته منه . فكانت ولايته له ؛ كالحاكم .

إذا تقرر هذا فلا يحتاج في حفظ مال اللقيط إلى إذن حاكم .

قال في « الإنصاف » : قطع به في « المغني » وغيره .

وقال في « التلخيص » : يحتمل اعتبار إذن الحاكم فيه .

(**و**) له (**الإنفاق عليه منه**) أي : من مال اللقيط بغير إذن حاكم .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه الأصحاب .

قال في « المغني » : ذكره أبو عبدالله بن حامد ؛ لأنه ولي له . فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم ؛ كوصي اليتيم .

ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى به الإمام وغيره ؛ كتبديد الخمر .

وروى أبو الحارث عن أحمد : في رجل أودع رجلاً مالاً وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له : هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال : تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالإنفاق عليهم . فلم يجعل له الإنفاق من غير إذن الحاكم . فقال بعض أصحابنا هذا مثله . قال : والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين :

أحدهما : أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله . فإن له ولاية أخذه وحفظه .

والثاني : أنه ينفق على اللقيط من ماله . وهذا بخلافه .

ولأن الإنفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجاً إلى ذلك ؛ لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه . وذلك لا يقبل فيه قول المودع . فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم . ولا كذلك في مسألتنا . فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثَمِّ وجوبه في اللقيط .

ثم قال بعد أسطر : فإذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكماً ؛ لأنه أبعد من التهمة وأقطع للمظنة ، وفيه خروج من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق . فإذا ثبت هذا فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف[1] كما ذكرنا في ولي اليتيم . فإذا بلغ اللقيط واختلفا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الإنفاق فالقول قول المنفق ؛ لأنه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم . انتهى كلامه في « المغني » .

(و) له أيضاً (**قبول هبة ووصية له**) أي : للقيط (**بغير حكم حاكم**) .

قال الحارثي : مقتضى قوله في « المغني » أنه ـ أي قبول ذلك ـ للملتقط ومقتضى كلام صاحب « التلخيص » : أنه للحاكم . ذكره عنه في « الإنصاف » ، ثم قال : قلت : كلام صاحب « المغني » موافق لقواعد المذهب في ذلك . انتهى .

(**ويصح التقاط قِنٍّ لم يوجد غيره**) . وتقدم التنبيه على ذلك وتعليله في « الشرح » قريباً[2] .

(و) يصح التقاط (**ذمي لذمي**) أي : لمن حكم بكفره ؛ لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض .

---

(١) في أ : كالمعروف .

(٢) ص (١١٣) .

(**ويُقر**) اللقيط (**بيد من**) التقطه (**بالبادية**) إذا كان (**مقيماً في حِلّة**) بكسر الحاء المهملة أي : في بيوت مجتمعة للاستيطان بها ؛ لأن الحلة كالقرية في كون أهلها لا يرحلون عنها لطلب الماء والكلأ .

(**أو**) لم يكن في حِلّة ولكنه (**يريد نقله**) أي : نقل اللقيط (**إلى الحضر**) ؛ لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى أرض الرفاهية والدَّعَة والدِّين .

(**لا**) إن كان ملتقطه (**بدوياً ينتقل في المواضع**) ؛ لأن في إقراره بيده إتعاباً للطفل بتنقله . فيؤخذ منه ويدفع إلى من في قرية ؛ لأنه أرفه له وأخف عليه .

وقيل : يقر بيده ؛ لأن الظاهر أنه ابن بدوي[1] وإقراره في يد[2] ملتقطه أرجى لكشف نسبه . وصوَّبه في « الإنصاف » بعد أن ذكر : أن الأول المذهب .

(**أو من وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية**) فإنه لا يقر بيده .

قال في « المغني » : لوجهين :

أحدهما : أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له .

والثاني : أنه إذا وجده في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه . فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به .

وفي « الإنصاف » : وقيل : يقر . وأطلقهما في « المغني » و« الشرح » . انتهى .

قلت : الوجهان مطلقان في « المغني » فيما إذا أراد النقلة به إلى بلد آخر من الحضر ، وأما إذا أراد نقله من الحضر إلى البادية فإنه لم يذكر فيه خلافاً . وقوله في « الإنصاف » وقدمه في « الفروع » قبل قوله : وقيل يقر : يدل على أن في « الفروع » قولاً بإقراره بيده فيما إذا وجده في الحضر وأراد نقله إلى البادية .

---

(١) في أ و ب : بدويين .

(٢) في أ و ب : يدي .

وليس كذلك فليراجع « الفروع » بتأمل من شاء . بل لم أقف على خلاف في المسألة في المذهب . والله أعلم .

(**أو مع فسقه أو رِقه أو كفره : واللقيط مسلم**) يعني : لو كان واجده فاسقاً أو رقيقاً أو كان كافراً واللقيط مسلم فإنه لا يقر في يده لفقد شرط الأهلية ، وتقدم الكلام على ذلك .

(**وإن التقطه في الحضر من يريد النقلة إلى بلد آخر**) من الحضر ، (**أو**) إلى (**قرية ، أو**) من يريد النقلة (**من حِلّة إلى حِلّة لم يقر بيده**) .

قال في « الإنصاف » : وهو الصحيح من المذهب ، قدمه في « الفروع » و« شرح ابن رزين » . انتهى .

ووجه ذلك : أن إبقاءه[1] في بلده أو قريته أو حِلته أرجى لكشف نسبه . فلم يقر في يد المنتقل عنه . قياساً على المنتقل به إلى البادية .

وقيل : يقر ؛ لأن المنتقل إليه كالمنتقل عنه في الرفاهة . أشبه ما لو انتقل من أحد جانبي البلد إلى الجانب الآخر .

قال في « الإنصاف » : والوجه الثاني : يقر . وهو ظاهر ما جزم به في « الوجيز » وصححه الناظم وصاحب « التلخيص » . انتهى .

ومحل المنع : (**ما لم يكن المحل الذي كان**) أي : وجد (**به وباء**) أي : وخيماً ؛ (**كغور بِيسَان**) بالباء الموحدة المكسورة ثم ياء مثناة من تحت ساكنة ثم سين مهملة مفتوحة ونون : بلدة بأرض الشام ، (**ونحوه**) أي : نحو غور بيسان من الأراضي الوبيئة ؛ كالجُحْفَة بأرض الحجاز . فإن اللقيط يقر بيد المنتقل عنها إلى البلاد التي لا وباء فيها أو دونها في الوباء لتعين المصلحة في النقل .

قال في « التنقيح » : قاله الحارثي : وهو جيد . انتهى .

وفي « الترغيب » و« التلخيص » : متى وجده في فضاء خال فله نقله إلى حيث شاء .

---

(١) في أ و ب : بقاءه .

(**ويقدَّم موسر ومقيم من ملتقطين**) للقيط معاً (**على ضدهما**) . فيقدم الموسر على المعسر ؛ لأن ذلك أحظ للطفل . ويقدم المقيم على المسافر ؛ لأن ذلك أرفق بالطفل .

قال في « المغني » : وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل ؛ لأن حظ الطفل منه أكثر من الجهة التي يحصل الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده . انتهى .

وقال في « التلخيص » و« الترغيب » : يقدم البدوي على ضده . انتهى .

وقيل : يقدم ظاهر العدالة على مستورها ؛ لأن المانع في حق ظاهر العدالة منتفٍ بلا شك .

وأجيب عنه بأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح .

(**فإن استويا**) بأن لم يتصف أحدهما بما يكون أولى به من الآخر فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه وتسليم اللقيط إلى صاحبه جاز ؛ لأن الحق لا يعدوهما ولا يمنع أحدهما من الإيثار به .

وإن تشاحا (**أُقرع**) بينهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [آل عمران : ٤٤] .

ولأنه لا يمكن أن يكون عندهما[1] في حالة واحدة .

وإن تهايآه بأن جُعل عند كل واحد يوماً أو أكثر : أضر بالطفل ؛ لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والألف .

ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بالتحكم ؛ لتساوي حقهما . فتعين الإقراع بينهما ؛ كالشريكين في تعيين السهام بالقسمة ، وكما يقرع بين النساء في البداءة بالقسم .

---

(١) في أ : غيرهما .

ولا ترجح المرأة في الالتقاط كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه ؛ لأنها إنما رجحت هناك لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها ، والأب يحضنه بأجنبية . فكانت أمه أحظ له . وأما هاهنا فهي أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا .

(**وإن اختلفا في الملتقط منهما** : **قُدِّم**) به منهما (**من له بينة**) دون الآخر ؛ لثبوت حقه بالبينة .

(**فإن عَدِماها**) أي : عدم المختلفان في التقاطه البينة وكان بيد أحدهما : (**قُدم ذو اليد**) ؛ لأن اليد دليل استحقاق الإمساك (**بيمينه**) . ذكره أبو الخطاب ونصره في « المغني » و« الشرح » .

قال الحارثي : وهو الصحيح .

وقال القاضي : قياس المذهب : أنه لا يحلف كما في الطلاق والنكاح .

(**فإذا كان**) الملتقط (**بيديهما**) أي : مع عدمهما البينة : (**أُقرع**) بينهما ؛ لاستوائهما في السبب وعدم المرجح . (**فمن قَرع**) صاحبه : (**سُلِّم إليه مع يمينه**) على الصحيح . وعلى قول القاضي بلا يمين .

وإن كان لكل واحد منهما بينة وأرختا قدم أسبقهما تاريخاً ؛ لأن الثاني إنما أخذ من قد ثبت الحق فيه لغيره . وإن اتحد تاريخهما أو أطلقتا معاً أو أرخت أحدهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا . ويصيران[1] كما لو عدماها في الأصح . وقد علم الحكم فيه .

(**وإن لم تكن لهما**) أي : لمن عدمت بيناتهما[2] أو تعارضتا (**يد**) على الملتقط ، (**فوصفه أحدهما بعلامة مستورة في جسده**) بأن يقول : بظهره أو ببطنه أو بكتفه أو فخذه شامة أو أثر جرح أو نار أو نحو ذلك ، فيكشف فيوجد كما ذكر : (**قُدِّم**) باللقيط على صاحبه الذي لم يصف . ذكره أبو الخطاب .

---

(١) في أ و ب : فيصيران .

(٢) في أ و ب : بينتاهما .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب ، وجزم به في « الهداية » و« المذهب » ، و« الخلاصة » ، و« الوجيز » ، و« شرح الحارثي » و« المحرر » و« القواعد الفقهية » في القاعدة الثامنة والتسعين وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . انتهى .

قال في « المغني » : وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن هذا فرع من اللقطة . فقدم بوصفها ؛ كلقطة المال .

ولأن ذلك يدل على سبق يده عليه .

وقيل : لا يقدم واصفه . ذكره القاضي في « الخلاف » وصاحب « المبهج » و« المنتخب » و« الوسيلة » .

قال في « الإنصاف » : وذكره في « الفنون » و« عيون المسائل » عن أصحابنا . انتهى .

قال في « المغني » : وقال الشافعي : لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى . انتهى .

(**وإن وصفاه**) أي : وصف اللقيطَ كلٌّ من المختلفين فيه الذين عدمت بينتاهما أو تعارضتا : (**أُقرع**) بينهما .

قال في « الإنصاف » : قاله في « التلخيص » ، واقتصر عليه الحارثي . انتهى .

ولعل وجه ذلك : أن وصفهما له يدل على تقدم عهدهما به . فأشبه ما لو تنازعاه وهو بأيديهما . والله أعلم .

(**وإلا**) أي : وإن لم يكن لواحدٍ منهما بينة ولا يد ولا وصفه : (**سلمه الحاكم إلى من يرى منهما ، أو من غيرهما**) .

قال في « الإنصاف » : وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . انتهى .

لأنه لا حق لهما فيه .

وقيل : بل يقرع بينهما ؛ لأنهما تنازعا حقاً في يد غيرهما . أشبه ما لو تنازعا وديعة بيد غيرهما .

وعلى الأول فلا مهايأة ولا تخيير للصبي . قاله في « الفروع » .

وإن رأى اثنان جميعاً اللقيط فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه : فهو أحق به ؛ لقوله عليه السلام : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له »[1] .

وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق إلى أخذه أحق ؛ لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية .

ولو قال أحدهما لصاحبه : ناولنيه فأخذه الآخر : نظرنا إلى نيته ، فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق ؛ كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه ، وإن نوى مناولته فهو للآمر ؛ لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه . فأشبه ما لو توكّل له في تحصيل مباح . ذكره في « المغني » .

(**ومن أسقط حقه**) من اللقيط من المختلفين فيه : (**سقط**) . قاله في « الفروع » ؛ كسائر الحقوق .

ومن ادعى من المختلفين فيه : أن الآخر أخذه منه قهراً وسأل يمينه ، قال في « الفروع » : فيتوجه يمينه .

وفي « المنتخب » : لا ؛ كطلاق . انتهى .

***

---

(١) سبق تخريجه ص (١٧) رقم (١) .

[فصل : في ميراث اللقيط]

(**فصل . وميراثه**) أي : اللقيط (**وديته إن قُتل لبيت المال**) .

ومحل ذلك : إن لم يكن له وارث كغير اللقيط ؛ لأنه مسلم ولا وارث له فكان ماله وديته لبيت المال . فإن كانت له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال . وإن كانت لقيطة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال . وإن كانت له بنت أو ذو رحم كبنت بنت ، أو ابن بنت : أخذ جميع المال ؛ لأن الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال .

وقال في « الإنصاف » بعد أن ذكر أن ما في المتن المذهب وأن عليه الأصحاب : وذكر ابن أبي موسى في « الإرشاد » : أن بعض شيوخه حكى رواية عن أحمد : أن الملتقط يرثه ، واختاره الشيخ تقي الدين ونصره ، وصاحب « الفائق » .

قال الحارثي : وهو الحق . انتهى .

وقال في « المغني » بعد أن ذكر أن الأول قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم : وقال شريح وإسحاق : عليه الولاء لملتقطه ؛ لما روى واثلة بن الأسقع[١] قال : قال رسول الله ﷺ : « المرأة تحوز ثلاثة مواريث : عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه »[٢] . أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن .

---

(١) في أ : أبي سقع . وهو تصحيف .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٩٠٦) ٣ : ١٢٥ كتاب الفرائض ، باب ميراث ابن الملاعنة .

وأخرجه الترمذي في « جامعه » (٢١١٥) ٤ : ٤٢٩ كتاب الفرائض ، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء .

وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٧٤٢) ٢ : ٩١٦ كتاب الفرائض ، باب تحوز المرأة ثلاث مواريث .

وقال عمر لأبي جميلة في لقيطه : « هو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته »[1] .

قال : ولنا : قول النبي ﷺ : « إنما الولاء لمن أعتق »[2] .

ولأنه لم يثبت عليه رق ولا[3] على آبائه . فلم يثبت عليه ولاء ؛ كالمعروف نسبه .

ولأنه إن كان ابن حرين فلا ولاء عليه وإن كان ابن معتقين فلا يكون عليه لغير معتقهما .

وحديث واثلة لا يثبت . قاله ابن المنذر . انتهى .

وعنه : إن قتل خطأ فديته لملتقطه . ذكره في « الرعاية » ، نقله عنه في « المبدع » .

(**ويخير الإمام في**) قتل (**عمد بين أخذها**) أي : الدية ، (**و**) بين (**القصاص**) . نص عليه ، أيهما فعله جاز إذا رآه أصلح ؛ لقوله ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له »[4] .

ومتى عفا على مال أو صالح عليه كان لبيت المال ؛ كجناية الخطأ الموجبة للمال .

وقال في « الإنصاف » : وذكر في « التلخيص » وجهاً : أنه لا يجب له حق الاقتصاص ، وأن أبا الخطاب خرَّجه .

قال : ووجهه : أنه ليس له وارث معين . فالمستحق جميع المسلمين ، وفيهم صبيان ومجانين فكيف يستوفى ؟

---

(١) سبق تخريجه ص (١١٧) رقم (٢) .

(٢) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٦٣٧١) ٦ : ٢٤٨١ كتاب الفرائض ، باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط . عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) في ج : ولا ولاء .

(٤) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٠٨٣) ٢ : ٢٢٩ كتاب النكاح ، باب في الولي .
وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (١٨٧٩) ١ : ٦٠٥ كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي .

قال : وهذا يجري في قتل كل من لا وارث له . انتهى .

(**وإن قُطع طرفه**) أي : طرف اللقيط وهو صغير أو مجنون حال كون القطع (**عمداً : انتُظِر بلوغُه**) أي : اللقيط (**ورشدُه**) ليقتص أو يعفو ؛ لأن مستحق الاستيفاء المجني عليه وهو حينئذ لا يصلح للاستيفاء . فانتظرت أهليته ليستوفي حقه . ويحبس الجاني إلى أن يصير أهلاً .

وعنه : للإمام استيفاؤه قبل ذلك ؛ لأنه أحد نوعي القصاص . فكان له استيفاؤه عن اللقيط ؛ كالنفس .

وجوابه : أنه قصاص لم يتحتم[1] استيفاؤه . فوقف على مستحقه ؛ كما لو كان بالغاً غائباً . وفارق القصاص في النفس ؛ لأن القصاص ليس له بل لوارثه والإمام هو المتولي عليه .

(**إلا أن يكون**) اللقيط (**فقيراً : فيلزم الإمام العفو على ما**) أي : شيء من المال يكون في العفو عليه حظ للقيط (**يُنفق عليه**) منه . وظاهره سواء كان اللقيط عاقلاً أو مجنوناً . وهو المذهب .

قال في « الإنصاف » : وهو الصحيح من المذهب .

قال القاضي والمصنف ـ يعني به الموفق ـ في باب القود عند قول الخرقي : وإذا اشترك جماعة في القتل : هذا أصح ، وكذا قال في « الكافي » في باب العفو عن القصاص . وصححه في « الشرح » في باب استيفاء القصاص ، وحكاه المجد عن نص أحمد . انتهى .

وقيل : ليس للإمام العفو على مال ولو كان اللقيط فقيراً مع كونه عاقلاً .

فعلى هذا ليس للإمام ذلك إلا أن يكون اللقيط فقيراً مجنوناً . وهو ظاهر ما قطع به في « الهداية » ، و« المذهب » و« المستوعب » و« الخلاصة » وغيرهم وجزم به في « المغني » و« الشرح » في باب اللقيط .

---

(١) في ج : يحتم .

وعلم مما تقدم أن اللقيط لو كان مجنوناً غنياً لم يكن للإمام العفو على مال بل ينتظر إفاقته . وهو المذهب .

قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : هذا المذهب وقطع به في « الشرح » ، وذكر في « التلخيص » وجهاً : أن للإمام ذلك ، وجزم به في « الفصول » و« المغني » . وهو ظاهر كلامه في « الوجيز » ، وأطلقهما في « الفروع » و« الرعاية » . انتهى .

(**وإن ادعى جان عليه**) جناية موجبة للقصاص [أو المال رقَّه][1] ، (أو) ادعى (**قاذفه رقه ، وكذَّبه لقيط بالغ** : **فقوله**) ؛ لأنه محكوم بحريته فقبل قوله ؛ لأنه موافق للظاهر . بدليل أنه لو قذف إنساناً وجب عليه حد الحر في الأصح .

وعلى هذا اللقيط طلبُ حد القذف واستيفاء القصاص من الجاني وإن كان حراً .

وقيل : يقبل قول القاذف ؛ لاحتمال صحة قوله بأن يكون اللقيط ابن أَمَة . فيكون ذلك شبهة ، والحد يدرأ بالشبهات .

وفارق القصاص له في دعوى الجاني رقه ؛ لأن القصاص ليس بحد وإنما وجب حقاً لآدمي . ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله . بخلاف حد القذف .

ويتخرج من هذا : أن اللقيط إذا كان قاذفاً فادعى أنه عبد ليجب عليه ما يجب على العبد : قُبل منه لذلك .

قال في « المغني » : والأول أصح ؛ لأن من كان محكوماً بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه . بدليل مجهول النسب ، ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وإن لم يدع القاذف رقه ؛ لأنه موجود ، وإن لم يدعه . انتهى .

وعلم مما تقدم أن اللقيط إذا صدَّق قاذفه أو الجاني عليه على كونه رقيقاً لم يكن عليه إلا ما يجب في قذف الرقيق أو جنايته عليه .

---

(١) ساقط من ب .

(**وإن ادعى أجنبي**) أي : غير واجده (**رقه**) أي : رق اللقيط (**وهو بيده**) أي : يد المدعي رقه : (**صُدِّق**) المدعي .

قال في « الإنصاف » : قاله الحارثي ، وقاله في « التلخيص » وغيره ؛ لدلالة اليد على الملك .

(**بيمينه**) . قال الحارثي : ومقتضى كلام المصنف في « المغني » و« الكافي » وجوب يمينه وهو الصواب ؛ لإمكان عدم الملك . فلا بد من يمين تزيل أثر ذلك ، ثم إذا بلغ وقال : أنا حر لم يقبل . انتهى .

(**ويثبت نسبه**) أي : اللقيط (**مع رقه**) أي : مع كونه رقيقاً .

قال في « الفروع » : ولو ادعى أجنبي لنسبه ثبت مع بقاء ملك سيده ولو مع بينة بنسبه .

قال في « الترغيب » وغيره : إلا أن يكون مدعيه امرأة حرة فتثبت حريته ، وإن كان رجلاً عربياً فروايتان . انتهى .

وعلم مما تقدم أنه لو لم يكن بيد مدعي رقه لم يصدق ، وأن المدعي لو كان ملتقطه لم يصدق أيضاً .

قال في « الإنصاف » : ذكره في « التلخيص » وغيره . انتهى .

وقيل : تسمع دعواه ؛ لأنها ممكنة ولا يقضى له بشيء من غير بينة ؛ لأنها دعوى تخالف الظاهر . وتفارق دعوى النسب من وجهين :

أحدهما : أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ، ودعوى الرق مخالفة له .

والثاني : أن دعوى النسب يثبت بها حق اللقيط ، ودعوى الرق يثبت بها حقاً عليه . فلم تقبل بمجردها ؛ كما لو ادعى رق غير اللقيط .

(**وإلا**) أي : وإن لم يكن اللقيط بيد من ادعى رقه وكان غير ملتقطه (**فشهدت له بينة بيد**) ؛ كما لو قالا : نشهد أنه كان بيده : حكم له باليد ، (**وحلف أنه**) أي : اللقيط (**ملكه**) حكم له به ؛ لأن ثبوت اليد دليل على الملك فقبل قوله فيه .

وذكر القاضي : أنه لا يكفي قول البينة نشهد أنه كان بيده حتى يقولا : وأنه ضل عنه أو ذهب أو غصب ونحو ذلك .

(أو) شهدت له بينة (**بملك**) بأن قالا : نشهد أنه جار في ملكه ، أو أنه ملكه أو مملوكه أو عبده أو قنه أو رقيقه حكم له به ولو لم يذكرا سبب الملك ؛ كما لو شهدا بملك دار أو ثوب . ذكره في « المغني » و« الشرح » والقاضي وابن عقيل وصاحب « المحرر » وغيرهم .

وقيل : لا بد من ذكر السبب ؛ لاحتمال التعويل على ظاهر اليد .

(**أو**) تشهد[1] له بينة (**أن أمته**) أي : المدعي (**ولدته**) أي : اللقيط (**في ملكه**) أي : المدعي : (**حُكم له به**) ؛ لأن الغالب أنها لا تلد في ملكه إلا ملكه .

وعلم مما تقدم أن البينة لو شهدت أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه : لم يثبت الملك بذلك ؛ لأنه يجوز أن تلده قبل ملكه لها . فلا يكون له مع كونه ابن أمته وكونها ولدته . وفيه وجه .

وهل يكفي في البينة التي تشهد أن أمته ولدته في ملكه امرأة واحدة أو رجل واحد ؛ لأنه مما لا يطلع عليه في غالب الأحوال رجال، وبه جزم في « المغني »، أو لا بد في ذلك من رجلين أو رجل وامرأتين كما ذكره[2] القاضي ؟ فيه وجهان .

قال الحارثي عن قول القاضي : إنه أشبه بالمذهب .

(**وإن ادَّعاه**) أي : ادعى رق اللقيط (**ملتقط**) له : (**لم يُقبل**) منه ذلك (**إلا ببينة**) تشهد بملكه له ، أو أن أمته ولدته في ملكه . فيحكم له به إذاً ؛ كما لو لم يكن ملتقطه .

وقيل : لا تستعمل بينة الملتقط ؛ لاحتمال تعويلها في الملك على يده ، ويده لا تقبل الملك . اختاره صاحب « التلخيص » .

---

(١) في أ و ب : شهد .

(٢) في أ : ذكر .

(**وإن أقرَّ به**) أي : بالرق (**لقيط بالغ**) بأن قال : أنا ملك زيد : (**لم يُقبل**) إقراره ولو صدّقه زيد أو لم يعترف بالحرية قبل ذلك .

قال في « المغني » : وهو الصحيح ؛ لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها . فلم يصح ؛ كما لو أقر قبل ذلك بالحرية .

ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها . ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه ؛ لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلاً . وهذا قول ابن القاسم وابن المنذر . انتهى .

وعنه : يقبل إقراره مطلقاً . اختاره ابن عقيل في « التذكرة » ؛ لأنه مجهول الحال . فيقبل إقراره بالرق ؛ كما يقبل بالحد والقصاص ، وإن تضمن فوات نفسه .

وقال القاضي : يقبل فيما عليه رواية واحدة .

وهل يقبل في غيره على روايتين حكاه الموفق عنه في « المقنع » .

وقيل : إن تقدم إقراره بالرق تصرفٌ ببيع أو شراء أو نكاح أو صداق ونحوه : لم يقبل إقراره . وإلا قبل .

وقيل : إن كان اعترف قبل ذلك لنفسه بالحرية : لم يقبل إقراره بالرق بعده ؛ لأن الحرية حق لله تعالى ، وقد اعترف به فلا يقبل رجوعه في إبطاله .

وإن قام برق اللقيط المكلف بينة عادلة سمعت وحكم بها . فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء أو غيرهما : نُقضت تصرفاته ؛ لأنه بان أنه كان تصرف بغير إذن سيده .

(**و**) إن أقر لقيط بالغ (**بكفر**) بأن قال : إنه كافر (**و**) كان (**قد نطق بإسلام وهو يعقله**) أي : الإسلام ، (**أو**) أقر لقيط بالغ (**مسلم حكماً**) تبعاً للدار : (**فمرتد**) أي : فحكمه حكم سائر المرتدين يستتاب ثلاثاً فإن تاب وإلا قتل في الصورتين :

أما في الأولى وهي[1] : ما إذا نطق بالإسلام وهو يعقله ثم قال بعد بلوغه : إنه كافر ؛ فبلا نزاع في المذهب ؛ لأن إسلامه متيقن فلا يقبل إقراره بما ينافيه .

وأما في الثانية وهي : ما إذا كان محكوماً بإسلامه تبعاً للدار ثم قال بعد بلوغه : إنه كافر ، فالصحيح من المذهب أنه لا يقبل منه ذلك ؛ لأن دليل الإسلام وجد عرياً عن المعارض وثبت حكمه واستقر . فلم تجز إزالة حكمه بقوله ؛ كما لو قال ذلك ابن مسلم . وقوله لا دلالة فيه أصلاً ؛ لأنه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه ، وإنما يقول ذلك من تلقاء نفسه . وذكر القاضي في هذا وجهاً : أنه يقر على كفره ؛ لأن قوله أقوى من ظاهر الدار .

قال في « المغني » : وهذا وجه مظلم . انتهى .

(**وإن أقر به**) أي : بأن اللقيط ولده (**مَن**) أي : إنسان (**يمكن كونه**) أي : كون اللقيط (**منه**) أي : من المقر (**ولو**) كان المقر الذي يمكن كونه منه كافراً أو (**أنثى ذات زوج أو**) ذات (**نسب معروف**) أو ذات إخوة أو كان المقر رقيقاً : (**أُلحق**) اللقيط (**ولو**) كان اللقيط (**ميتاً به**) أي : بالمقر ؛ لأن الإقرار بالنسب مصلحة محضة للقيط ؛ لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه . فقبل ؛ كما لو أقر له بمال . وهذا بلا خلاف في المذهب فيما إذا كان المقر رجلاً حراً مسلماً يمكن كونه منه . نص عليه أحمد في رواية جماعة .

وعلى الصحيح فيما إذا كان المقر كافراً وهو داخل في عموم نص أحمد ؛ لأنه إقرار بنسب مجهول النسب ، وليس في إقراره إضرار بغيره ؛ لأنه إنما يلحقه في النسب لا في الدين . فصح إقراره ؛ كالمسلم .

وفيه وجه : لا يلحق به في النسب . ذكره في « الرعاية » .

وعلى الصحيح أيضاً فيما إذا كان المقر أنثى ذات زوج أو نسب معروف أو أخوة ؛ لأنها أحد الأبوين . فثبت النسب بدعواها ؛ كالأب .

---

(١) في أ : وهو .

ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر ؛ لأنها تأتي من زوج ومن وطء شبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه الأصحاب . انتهى .

وعن أحمد في المسألة ثلاث روايات :

الأولى : هذه .

والثانية : أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بإقرارها ؛ لإفضائه إلى أن امرأته وطئت بالزنا أو شبهة . وفي ذلك ضرر عليه .

والثالثة : نَقَلَها الكوسج عن أحمد . في امرأة ادعت ولداً إن كان لها إخوة أو نسب معروف : فلا تصدق إلا ببينة .

وقيل : لا يثبت النسب بدعواها بحال . وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة . فلا يقبل قولها بمجرده ؛ كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها .

قال في « المغني » : ولنا : أنها أحد الوالدين . فأشبهت الأب . وإمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل . فإنه يمكنه إقامة البينة أن هذا ولد على فراشه . انتهى .

وعلى الصحيح أيضاً فيما إذا كان المقر رقيقاً .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب وعليه الأصحاب .

قال الحارثي : استلحاق العبد كاستلحاق الحر في لحاق النسب[1] . قاله الأصحاب . انتهى .

قال في « المغني » : وإن كان المدعي أمة فهي كالحرة . إلا أننا إذا قبلنا دعواها في نسبه لم يقبل قولها في رقه ؛ لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره ،

---

(١) في ج : قال الحارثي : استحقاق العبد كاستحقاق الحر في حال النسب .

كما لم[1] نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى نسبه كافر . انتهى .

قال الحارثي : والأمة كالحرة في دعوى النسب على ما ذكرنا . قاله الأصحاب . إلا أن الولد لا يحكم برقه بدون بينة حكاه المصنف ـ يعني : الموفق ـ . ونص عليه في رواية ابن مشيش .

وأما كونه يلحقه نسبه وإن كان اللقيط ميتاً ؛ فلأن الحي والميت في ذلك سواء معنى . فوجب استواؤهما حكماً .

و (لا) يلحق بـ (زوج) امرأة (مُقرة) ؛ لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يولد على فراشه ولم يقر به .

وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته .

فإن قيل : الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته . والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره .

قلنا : يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره . وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فإن قيل : إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج ؛ لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصغير ، وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ، ولا يحصل هذا بإلحاق نسبه بالمرأة بل إلحاقه بها دون زوجها يطرق العار إليه وإليها .

قلنا : بل قبلنا دعواه ؛ لأنه يدعي حقًّا لا منازع له فيه ولا مضرة على أحد فيه ؛ كدعوى المال . وهذا متحقق في دعوى المرأة .

(ولا) يتبع رقيقاً ادعى نسبه (**في رق**) . وتقدم تعليل ذلك عند الكلام على صحة دعوى الرقيق النسب .

(ولا) يتبع (**كافراً**) أقر بنفسه (**في دينه** . **إلا أن يقيم**) مدعيه الكافر (**بينة أنه وُلد على فراشه**) .

قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : قال الأصحاب : إن أقام الذمي بينة

---

(١) ساقط من أ .

بولادته على فراشه لحقه في الدين أيضاً ؛ لثبوت أنه ولد ذميين . فكما لو لم يكن لقيطاً . وهذا مقيد باستمرار أبويه على الحياة والكفر . وقد أشار إليه في « الكافي » ؛ لأن أحدهما لو مات أو أسلم لحكم بإسلام الطفل فلا بد فيما قالوا من ذلك . انتهى .

ولأن الدعوى في النسب إنما قبلت لعدم الضرر والكفر بخلافه فإن فيه ضرراً عظيماً ؛ لأنه سبب الخزي في الدنيا والآخرة . فاحتيج إلى البينة ؛ لتحقق الولادة . والولد المحقق يتبع مطلقاً .

(**وإن ادعاه**) أي : ادعى أن اللقيط ابنه[1] (**اثنان**) أي : رجلان (**فأكثر معاً** : **قُدِّم من له بينة**) ؛ لأن البينة علامة واضحة الحق لمن قامت له . (**فإن تساووا**) أي : المدعين (**فيها**) بأن أقام كل منهم بينة بأنه ولده ، (**أو**) تساووا (**في عدمها**) بأن لم يكن لواحد منهم بينة بدعواه : (**عُرِض**) اللقيط (**مع**) كل (**مدع**) موجود (**أو**) مع (**أقاربه**) أي : أقارب مدعي النسب كأبيه وجده وأخيه وابنه وابن ابنه (**إن**) كان قد (**مات على القافة**) .

والقافة : قوم يعرفون الأنساب بالشبه . ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل [كل من][2] عرف[3] منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف .

قال في « المغني » : وقيل : أكثر ما يكون هذا في بني مدلج رهط مجزز بجيم وزايين المدلجي ، الذي رأى أسامة وأباه زيد قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض[4] . وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً وكذلك قيل في شريح . انتهى .

(**فإن ألحقته**) القافة (**بواحد أو اثنين**) من المدعين له أو أكثر : (**لحق**) نسبه بمن ألحقوه به من واحد أو أكثر .

---

(١) في أ : ابس .

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

(٣) في ج : عرفت .

(٤) سيأتي تخريجه ص (١٤٤) رقم (٣) .

أما كون البينة هنا إذا قامت لأكثر من واحد تتساقط ؛ فلأن[1] استعمالها في المال ، إما بقسمته بين المتداعين ولا سبيل إلى القسمة هنا ، وإما بالإقراع والقرعة لا يثبت بها النسب .

فإن قيل : فإن ثبوته هاهنا يكون بالبينة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة .

قلنا : فيلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطء امرأة فأتت بولد أن يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة .

وعلم من قولي : فإن تساووا أنه لو ترجح واحد بكونه خارجاً بأن يكون اللقيط ليس بيده ، بل بيد الباقي : قدمت بينته وعمل بها .

وأما عرضه على القافة مع المدعيين أو أقاربهم إن فقدوا وإلحاقه بمن ألحقته القافة به فهو قول الجمهور من العلماء .

قال في « المغني » : هذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبدالملك والأوزاعي والليث والشافعي وأبي[2] ثور .

وقال أصحاب الرأي : لا حكم للقافة . ويلحق بالمدعيين جميعاً ؛ لأن الحكم بالقيافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين . فإن الشبه يوجد بين الأجانب وينتفي بين الأقارب .

ولهذا روي عن النبي ﷺ « أن رجلاً أتاه . فقال : يا رسول الله ! إن امرأتي ولدت غلاماً أسود . قال : فهل لك من إبل ؟ قال : نعم . قال : فما ألوانها ؟ قال : حمر . قال : فهل فيها من أَوْرَق ؟ قال : نعم . قال : أنى أتاها ذلك . قال : لعل عرقاً نزع . قال : وهذا لعل عرقاً نزع »[3] . متفق عليه .

---

(١) في أ : فإن .

(٢) في أ : وابن .

(٣) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٦٨٨٤) ٦ : ٢٦٦٧ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب من شبه أصلاً معلوماً بأصل مبين . . .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٥٠٠) ٢ : ١١٣٧ كتاب اللعان .

قالوا : ولو كان الشبه[1] كافياً لاكتفي به في ولد الملاعنة ، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ[2] فأنكره الباقون .

قال : ولنا : ما روي عن عائشة « أن النبي ﷺ دخل عليها مسروراً تبرق أسارير وجهه . فقال : ألم تر أن مجززا المدلجي نظر آنفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما . فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض »[3] . متفق عليه .

فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سُر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه .

ولأن عمر رضي الله تعالى عنه قضى به بحضرة الصحابة . فلم ينكره منكر فكان إجماعاً .

ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في ولد الملاعنة : « انظروها فإن جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا أراه إلا قد كذب عليها . وإن جاءت به أكحل جعداً جمالياً سابغاً الأليتين خَدَلَّجَ الساقين فهو للذي رميت به . فأتت به على النعت المكروه . فقال النبي ﷺ : لولا الأيمان لكان لي ولها شأن »[4] .

فقد حكم به النبي ﷺ للذي أشبهه منهما . وقوله : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » : يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان . فإن انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك « قول النبي ﷺ في ابن أمة زمعة حين رأى به[5] شبهاً بيِّناً بعتبة بن

---

(١) في أ : التشبه .
(٢) ساقط من أ .
(٣) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٦٣٨٨) ٦ : ٢٤٨٦ كتاب الفرائض ، باب القائف .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٤٥٩) ٢ : ١٠٨١ كتاب الرضاع ، باب العمل بإلحاق القائف الولد .
(٤) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٢٥٦) ٢ : ٢٧٧ أبواب الطلاق ، باب في اللعان .
(٥) في أ و ب : بها .

أبي وقاص : احتجبي منه يا سودة »[1] . فعمل بالشبه في حجب سودة منه .

فإن قيل : فالحديثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبي ﷺ بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة ، وقال لعبد بن زمعة : « هو لك يا عبد بن زمعة . الولد للفراش وللعاهر الحجر »[2] . ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف .

قلنا : إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة ؛ لأن الفراش أقوى . وتُرك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منها لا يوجب الإعراض عنها إذا خلت عن المعارض . ولذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها . بدليل قوله « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » .

على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب . فإن الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عدداً ، وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدرأ بالشبهات . والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ، ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور انتفائه . حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يحتج على نفيه بعدم إقامة الحد .

ولأنه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو أهل الخبرة . فجاز ؛ كقول المقومين . وقولهم : أن الشبه يجوز وجوده وعدمه .

قلنا : الظاهر وجوده ، ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت أم سلمة : « أوَ ترى ذلك المرأة ؟ قال : فمن أين يكون الشبه »[3] .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٦٣٦٨) ٦ : ٢٤٨١ كتاب الفرائض ، باب الولد للفراش ، حرة كانت أو أمة .

(٢) سبق تخريجه في الحديث السابق .

(٣) عن أم سُليم « أنها سألت نبي الله ﷺ عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل . فقال رسول الله ﷺ : إذا رأت ذلك المرأة فلتغتسل . فقالت أم سليم واستحييت من ذلك ، قالت : وهل يكون هذا ؟ فقال نبي الله ﷺ : نعم فمن أين يكون الشبه ؟ إن ماء الرجل غليظ أبيض . وماء المرأة رقيق أصفر . فمن أيهما علا أو سبق يكون منه الشبه » . أخرجه مسلم في « صحيحه » (٣١١) ١ : ٢٥٠ كتاب الحيض ،=

والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم ؛ لأن إنكار الرجل لولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس إنكاره . وأن ذلك إنما يوجد نادراً . وإنما ألحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش . وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ، ولا يجوز تركه من غير دليل .

ولأن ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته . فإن النسب يحتاط لثبوته ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه .

ولأنه لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل . فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور : أن لا يثبت به النسب في مسألتنا .

فإن قلنا : فهاهنا إذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به .

قلنا : إنما انتفى النسب هاهنا لعدم دليله ؛ لأنه لم يوجد إلا بمجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها . فكان الشبه مرجحاً لأحدهما فانتفت دلالة الأخرى . فلزم انتفاء النسب ؛ لانتفاء دليله . وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه ؛ كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها . انتهى .

فإن ألحقه القافة باثنين (**فيرث**) اللقيط (**كلًا منهما**) أي : من الاثنين اللذين ألحقته القافة بهما (**إرث ولد**) . فلو لم يخلفا غيره ورث جميع مالهما . (**ويرثانه**) جميعاً (**إرث أب**) واحد .

(**وإن وُصي له : قَبلا**) أي : قَبِل الوصية له أبواه .

(**وإن خلَّف أحدهما : فله**) أي : للمخلف منهما (**إرث أب كامل ، ونسبه**) مع ذلك (**ثابت من الميت**) .

قال في « المغني » : قال أحمد : إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه . فإن مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء .

ومعنى قوله : هو للباقي منهما ـ والله أعلم ـ أنه يرثه ميراث أبٍ كامل ، كما

= باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المنيِّ منها . والحديث مروي عن أم سُليم وليس عن أم سلمة .

أن الجدة إذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ما تأخذه جميع الزوجات . انتهى .

(**ولأمّي أبويه**) إذا مات وخلفهما (**مع أم أم**) وعاصب (**نصف سدس ، ولها**) ولأم أمه (**نصفه**) أي : نصف السدس ؛ كما لو اجتمعت مع أم أب واحد .

(**وكذا**) الحكم (**لو ألحقته**) القافة (**بأكثر**) من اثنين فإنه يلحق بهم وإن كثروا .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ، ونص عليه في رواية جماعة .

قال في « المغني » : وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد في رواية مهنا : أنه يلحق بثلاثة . ومقتضى هذا : أنه يلحق ممن ألحقته القافة وإن كثروا .

وقال أبو عبد الله بن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف ؛ لأننا صرنا إلى ذلك للأكثر فيقتصر عليه .

وقال القاضي : لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن . وروي ذلك عن أبي يوسف أيضاً .

ولنا : أن المعنى الذي لأجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه . وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق بأكثر من ذلك .

وقولهم : إن إلحاقه بالاثنين على خلاف الأصل ممنوع ، وإن سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره . فيجب تعدية الحكم به ، كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل لا يمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرمي وغيرهما من المحرمات ؛ لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك .

وأما قول من قال : إنه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد على ذلك فتحكمٌ . فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى . ولا

نعلم في الثلاثة معنى خاص يقتضي إلحاق النسب بهم . فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكُّم . انتهى .

(**وإن**) ادعاه أكثر من واحد و (**لم توجد قافة** ، **أو نفته**) عمن ادعياه أو ادعوه ، (**أو أشكل**) الأمر على القافة بأن قالوا : لم يظهر لنا شيء ، أو قالوا : أشكل علينا حاله أو نحو ذلك ، (**أو اختلف قائفان**) فيه فقال أحدهما : هو ابن هذا ، وقال الآخر : بل ابن هذا ، (**أو**) اختلف (**اثنان**) من القافة (**وثلاثة**) منهم . فقال اثنان : هو ابن هذا ، وقال ثلاثة : بل ابن هذا : (**ضاع نسبه**) في هذه الصور كلها في الأصح مما فيه الخلاف منها ؛ لأنه لا دليل ولا مرجح لبعض من يدعيه . أشبه من لم يدع نسبه .

ونص عليه فيما إذا نفته القافة عنهم .

قال في « الإنصاف » : ضاع نسبه في أحد الوجهين . وهو المذهب ، وجزم به في « العمدة » و« الوجيز » ، واختاره أبو بكر .

قال المصنف : قول أبي بكر أقرب .

قال الحارثي : وهو الأشبه بالمذهب . وقدمه في « الفروع » . انتهى .

فعلى هذا لا يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده ؛ لأنه لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المالية .

وقيل : يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء ممن ادعوه .

قال القاضي : وقد أومأ إليه أحمد واختاره ابن حامد ، وقطع به في « التلخيص » وقدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » ؛ لأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره .

ولأنه مجهول نسبه أقر به من هو أهل للإقرار وصدقه المقر له . فيثبت نسبه ؛ كما لو انفرد .

ورده في « المغني » : بأنه إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنه قرابته . فالمعرفة بذلك سبب الميل فلا يثبت قبله . ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكنه يميل

إلى من أحسن إليه . فإن القلوب جُبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها . وقد يميل إليه لإساءة الآخر إليه ، وقد يميل إلى أحسنهما خلقاً وأعظمهما قدراً أو جاهاً أو مالاً فلا يقع للميل أثر في الدلالة على النسب .

وقولهم : إنه صدق المقر بنسبه .

قلنا : لا يحل[1] له تصديقه . فـ « إن النبي ﷺ لعن من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه »[2] . وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا يأمن أن يكون ملعوناً بتصديقه . ويفارق ما إذا انفرد . فإن المنفرد يثبت النسب بقوله من غير تصديق .

وقيل : يلحق باثنين ادعياه . اختاره في « المحرر » ، ونقل ابن هانىء : يخير بينهما ، ولم يذكر قافة .

وعنه : يقرع بينهما فيلحق نسبه بالقرعة . ذكرها في « المغني » في كتاب الفرائض ، نقله عنه في « القواعد » .

ويعمل بالقافة في غير البنوة[3] ؛ كأخوّة وعمومة عند أصحابنا . قاله في « الإنصاف » .

وعند أبي الخطاب : لا يعمل بها في غير البنوة ؛ كإخبار راع بشبه .

وقال في « عيون المسائل » : في التفرقة بين الولد والفصيل ؛ لأنا وقفنا على مورد الشرع . ولتأكد النسب لثبوته مع السكوت .

وإن ادعاه امرأتان في إثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين .

قال أحمد في رواية بكر بن محمد : في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف . فقيل : يرى القافة . فقال : ما أحسنه .

---

(١) في أ و ب : يميل .

(٢) عن أنس بن مالك قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من ادّعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله المتابعة إلى يوم القيامة » . أخرجه أبو داود في « سننه » (٥١١٥) ٤ : ٣٣٠ كتاب الأدب ، باب في الرجل ينتمي إلى غير مواليه .

(٣) في ب : من غير بنوة .

ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر ؛ لاختصاصها بحمله وتغذيته .

والكافرة والمسلمة والحرة والأمة في الدعوى واحدة كما قلنا في الرجال .

وإن ألحقته القافة بأمتين لم يلحق بهما وبطل قول القافة ؛ لأننا[1] نعلم خطأه يقيناً .

وإن ادعى نسب اللقيط رجل وامرأة فلا تنافي بينهما[2] ؛ لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطء شبهة . فيلحق بهما جميعاً . ويكون ابنهما بمجرد دعواهما ؛ كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى .

وإذا قال الرجل : هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعت امرأة أخرى : فهو ابن الرجل ؟ وهل[3] ترجح زوجته على الأخرى ؟ قال في « المغني » : يحتمل وجهين :

أحدهما : ترجح ؛ لأن زوجها أبوه . فالظاهر أنها أمه .

ويحتمل أن يتساويا ؛ لأن كل واحدة منهما لو انفردت لألحق بها . فإذا اجتمعتا[4] تساوتا . انتهى .

وإن ولدت امرأة ذكراً وأخرى أنثى وادعت كل واحدة أن الذكر ولدها دون الأنثى : فقال في « المغني » : يحتمل وجهين :

أحدهما : أن يرى المرأتان القافة مع الولدين فيلحق كل منهما بما ألحقته القافة بها ؛ كما لو لم يكن لهما ولد آخر .

والثاني : أن يعرض لبنهما على أهل الطب والمعرفة ، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته . وقد قيل : لبن الأنثى ثقيل ولبن الابن خفيف .

---

(١) في ج : لأنا .

(٢) في أ : ملكهما .

(٣) في أ : وهو .

(٤) في ب : اجتمعا .

فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى . فإن لم يوجد قافة اعتبر باللبن خاصة .

وإن تنازعا أحدَ الولدين وهما جميعاً ذكران وأنثيان عرضوا على القافة كما ذكرنا .

قال الحارثي عن الوجه الأول : ـ وهو العرض على القافة إن وجدت ـ قلت : وهذا[1] المذهب على ما مر من نصه . وقال عن الثاني : ـ وهو اعتبار اللبن ـ إن كان مطرداً في العادة غير مختلف فهو إن شاء الله تعالى أظهر من الأول . فإن أصول الشبه قد تخفى على القائف .

(**ويؤخذ باثنين**) أي : بقول قائفين (**خالفهما**) قائف (**ثالث**) .

قال في « الإنصاف » : نص عليه .

(**كبيطارين**) خالفهما بيطار (**وطبيبين**) خالفهما طبيب (**في عيب**) . قاله في « المنتخب » .

ويثبت النسب (**ولو رجع عن دعواه**) النسب (**من ألحقته به القافة : لم يقبل**) منه الرجوع ؛ لأنه حق عليه . فلم يقبل رجوعه عنه .

(**ومع عدم إلحاقها بواحد من اثنين**) مدعيين لنسبه ، (**فرجع أحدهما**) عن دعواه : (**يُلحق بالآخر**) ؛ لأن رجوع أحدهما لا يلزم منه أن يضيع نسبه . والله أعلم .

(**ويكفي**) في ذلك (**قائف واحد**) .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية أبي طالب وإسماعيل بن سعيد ، واختاره القاضي وصاحب « المستوعب » وصححه في « النظم » وقدمه في « الرعايتين » و« الفروع » و« الحاوي الصغير » . انتهى .

لأنه حكم ويكفي في الحكم قول واحد .

---

(١) في ب : وهو .

(**وهو كحاكم فكيف مجرد خبره**) .

قال في « الإنصاف » : القائف كالحاكم عند أكثر الأصحاب . قاله في « القواعد الأصولية » والحارثي ، وقطع به في « الكافي » .

وقيل : هو كالشاهد . وهو الصحيح على ما تقدم . يشير بذلك إلى قوله قبل ذلك .

وعنه : يشترط اثنان ـ أي : قائفان ـ . نص عليه في رواية محمد بن داود المصيصي والأثرم وجعفر بن محمد . والخلاف في كونه هل يكفي واحد أو لا بد من اثنين ؟ مبنيٌّ عند كثير من الأصحاب على أنه هل هو شاهد أو حاكم : فإن قلنا : هو شاهد اعتبرنا العدد ، وإن قلنا : هو حاكم فلا .

وقال جماعة من الأصحاب : ليس الخلاف مبنياً على ذلك ، بل الخلاف جار سواء قلنا : القائف حاكم أو شاهد ؛ لأنا إن قلنا هو حاكم فلا يمتنع التعدد في الحكم كما يعتبر حاكمين في جزاء الصيد .

وإن قلنا : شاهد فلا يمتنع شهادة الواحد كما في المرأة حيث قبلنا شهادتها والطبيب والبيطار .

وقال طائفة من الأصحاب : هذا الخلاف مبني على أنه شاهد أو مخبر . فإن جعلناه شاهداً اعتبرنا التعدد ، وإن جعلناه مخبراً لم يعتبر كالخبر في الأمور الدينية . نقله في « الإنصاف » .

ومتى ألحقته قافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالأول ؛ لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم . ومتى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له . وكذلك لو ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره كذلك .

وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف ؛ لأنه بدل . فيسقط بوجود الأصل ؛ كالتيمم مع الماء . قاله في « المغني » .

(**وشُرط كونه**) أي : القائف (**ذكراً**) ؛ لأن القيافة حكم مُستندها النظر والاستدلال . فاعتبرت الذكورية فيه ؛ كالقضاء .

(**عدلًا**) ؛ لأن الفاسق لا يقبل قوله .

وعلم من اشتراط عدالته اشتراط إسلامه ؛ لأن العدل لا يكون إلا مسلماً . والعجب من خفاء مثل هذا على صاحب « المستوعب » . فإنه قال : لم أجد أحداً من أصحابنا اشترط إسلام القائف ، وعندي : أنه يشترط . انتهى .

(**حرًّا**) . جزم به القاضي وصاحب « المستوعب » و« الموفق » و« الشارح » ، وذكره في « الترغيب » عن الأصحاب .

قال في « القواعد الأصولية »: الأكثرون على أنه كحاكم . فتشترط حريته . وقدمه في « الرعاية الكبرى » و« الحاوي الصغير » .

قال في « المغني »: لأن قوله حكم والحكم يعتبر له هذه الشروط . انتهى.

وأما قوله في « الإنصاف »: إن عدم اشتراط الحرية هو المذهب فقد رجع عنه بدليل أنه قال في « الإنصاف » بعد ذكر القولين: فعلى الأول وهو عدم اشتراط الحرية يكون بمنزلة الشاهد ، وعلى الثاني: وهو اشتراطها يكون بمنزلة الحاكم . ثم لما ألف « التنقيح » جزم بأن القائف كحاكم . فإذاً تُشترط حريته . والله أعلم .

(**مجرَّباً في الإصابة**)؛ لأنه أمر علمي . فلا بد من العلم بحكمه له وذلك لا يعرف بغير التجربة له فيه .

قال القاضي في كيفية التجربة : هو أن يترك اللقيط مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن ألحقته بواحد منهم سقط قوله ؛ لأنا نتبين خطؤه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به لحق .

ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقريبه علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز .

قال في « المغني »: وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته . وإن لم يجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز .

(**وكذا**) أي: وكاللقيط (**إن وطىء اثنان امرأة**) لا زوج لها (**بشبهة**) في طهر ، (**أو**) وطىء اثنان (**أمتهما**) المشتركة بينهما (**في طهر** ، **أو**) وطىء (**أجنبي بشبهة زوجة**) لآخر (**أو سُرِّية لآخر**) وقد ثبت افتراشه لها (**وأتت بولد يمكن كونه منهما**) أي: من الواطئين الأجنبية لشبهة ، أو الواطئين أمتهما ، أو[1] الزوج والأجنبي ، أو السيد والأجنبي . فإنه يُرى القافة .

قال في « المحرر »: سواء ادعياه[2] أو جحداه أو أحدهما وقد ثبت الافتراش . ذكره القاضي وغيره .

وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة: أن يدعي الزوج أنه من الشبهة . فعلى قوله: إن ادعاه لنفسه اختص به؛ لقوة جانبه . انتهى .

وبقول أبي الخطاب جزم في « المقنع » . وعبارته: وكذلك الحكم إن وطىء اثنان امرأة بشبهة أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد أو وُطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطىء : أري القافة معهما . انتهى .

وما قدمه في « المحرر » هو المذهب ، ولهذا مشيت عليه في المتن .

قال في « الفروع »: وكذا إن وطئت امرأة بشبهة أو اشتراك في طهر واحد ، واختار أبو الخطاب إن ادعاه لنفسه لحقه .

وفي « الانتصار » : رواية مثله ، ورواية كالأول . انتهى .

فعلم من قوله : واختار أبو الخطاب . . . إلى آخره : أنه انفرد به عن الأصحاب قبل مجيء من تبعه عليه .

وكلامه في « الإنصاف » في هذا المحل مشكل فليراجعه بتأمل من شاء .

ونقل أبو الحارث: فيمن غصب امرأة رجل فولدت عنده ثم رجعت إلى

---

(١) في أ : و .

(٢) في أ : ادعاه .

زوجها كيف يكون الولد للفراش مثل هذا ؟ إنما يكون له إذا ادعاه وهذا لا يدعيه فلا يلزمه . انتهى .

وعلم من قول المتن: وكذا . . . إلى آخره: أن القافة إذا ألحقت الولد بأحدهما لحق به دون الآخر ، وإن نفته عنهما ، أو أشكل على القافة ، أو اختلف قائفان أو اثنان وثلاثة ، أو لم توجد قافة أنه : يضيع نسبه ؛ لاستوائهما في ؛ كاستواء مدعي اللقيط في الدعوى .

استوائهما في الفراش: أن كلاً منهما في الصورة الأولى واطىء

واحد منهما لو انفرد بالملك كان صاحب فراش فهما سواء .

: قد استوى الواطىء بالشبهة والزوج أو السيد في حكم لجحود أحدهما للولد مع ثبوت الافتراش ؛ كالزوج زوجته أو من أمته .

ق بالزوج أو بالسيد ؛ لأنه صاحب الفراش

في اعتبار الشارع فلا مزية .

العدم الحقيقي . فلو وجدت بعيدة

القافة له وهو يجحده (**اللعان** يكون معه قذف ؛ لقول الله تعالى : . وهذا ليس بقاذف . فلا يصح اللعان ؛ لعدم

ن لنفي الولد فينتفي عنه بلعانه وحده .

محرر » : وهي أصح عندي . انتهى .

سبحانه وتعالى أعلم .

ه حق

المسلمين ،

ص ، باب الولاء لمن أعتق وميراث

كاح ، باب في الولي .
باب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي .

١٣٢



[كتاب الوقف]

(كتاب) يذكر فيه مسائل من أحكام الوقف .

وهو مصدر وقفَ الإنسان الشيء يقفه ، بمعنى حبسه وأحبسه . ولا يقال : أوقفه إلا في لغة شاذة . عكس أحبسه .

وهو مما اختص به المسلمون .

قال الشافعي : لم تحبس أهل الجاهلية . وإنما حبس أهل الإسلام .

وهو من القُرَب المندوب إليها .

والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال : « أصاب عمر أرضاً بخيبر . فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها . فقال : يا رسول الله ! إني أصبت مالاً بخيبر لم أُصب قط مالاً أنفس عندي منه . فما تأمرني فيه؟ قال : إن شئت حَبَسْتَ أصلها وتصدقت بها . غير أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث . قال : فتصدق بها عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف . لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف أو يُطعم صديقاً غير مُتَموِّل فيه » .

وفي لفظ : « غير مُتَأَثِّل »[(١)] . متفق عليه .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقةٍ جارية ، أو علمٍ ينتفع به من بعده ، أو ولدٍ صالح يدعو له »[(٢)] . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٥٨٦) ٢ : ٩٨٢ كتاب الشروط . باب الشروط في الوقف .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٣٢) ٣ : ١٢٥٥ كتاب الوصية . باب الوقف .

(٢) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٣١) ٣ : ١٢٥٥ كتاب الوصية . باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٦) ٣ : ٦٦٠ كتاب الأحكام . باب في الوقف .

وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف .

قال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف .

قال الحميدي : تصدق أبو بكر بداره على ولده . وعمر بربعه عند المروة على ولده . وعثمان برومة بئر بالمدينة . وتصدق عليّ بأرضه بينبع . وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده . وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده . وعمرو بن العاص[1] بالوهط مال كان له بالطائف على ثلاثة أميال من « وج » وبداره بمكة على ولده . وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده . فذلك كله إلى اليوم .

ولم ير شريح الوقف . وقال : لا حبس عن فرائض الله .

قال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده ، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته . فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم . وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس . وخالف صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم .

واحتج بعضهم بما روي « أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ . فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا : يا رسول الله ! لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط . فرده رسول الله ﷺ . ثم[2] ماتا فورثهما » . رواه المحاملي في « أماليه » .

وبأنه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه . فلم يلزمه بمجرد القول؛ كالصدقة .

قال في « المغني » : وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم . فإن[3] النبي ﷺ قال لعمر في وقفه : « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث »[4] .

---

(١) في ب : العباس .

(٢) ساقط من أ .

(٣) في أ : قال .

(٤) أخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٧٥) ٣ : ٦٥٩ كتاب الأحكام . باب في الوقف .

قال الترمذي : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً .

ثم قال : ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية . فإذا نجّزه حال الحياة لزم من غير حكم ؛ كالعتق .

وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف . والظاهر : أنه جعله صدقة غير موقوف استناب فيها رسول الله ﷺ . فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما . ولهذا لم يردها عليه إنما دفعها إليهما .

ويحتمل : أن الحائط كان لهما وكان هو متصرف فيه بحكم النيابة عنهما . فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه ، وأتيا النبي ﷺ فرده إليهما .

والقياس على الصدقة لا يصح ؛ لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم . وإنما يفتقر إلى القبض . والوقف لا يفتقر إليه . فافترقا . انتهى .

قال بعضهم : ولعل خلاف أهل الكوفة في غير المساجد ونحوها ؛ لقول القرطبي : لا خلاف بين الأئمة في تحبيس القناطر والمساجد . واختلفوا في غير ذلك .

ثم (**الوقف**) حقيقة شرعاً : (**تحبيس مالك مطلق التصرف ، ماله المنتفع به ، مع بقاء عينه بقطع تصرفه**) متعلق بتحبيس . [أي : تحبيس][1] المال بقطع تصرف المالك (**وغيره في رقبته**) بنوع من أنواع التصرفات تحبيساً ، (**يُصرف رَيْعُه**) أي : المال الذي حبس بسبب تحبيسه (**إلى جهة برٍّ**) ، حال كون تحبيسه (**تقرباً إلى الله تعالى**) أي : نوى به القربة .

وهذا الحد ذكره صاحب « المُطلِع » وتبعه عليه في « التنقيح » وتبعته عليه في المتن .

والذي يظهر[2] أن قوله : تقرباً إلى الله تعالى إنما يحتاج إلى ذكره في حد

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : ظهر .

الوقف الذي يترتب عليه الثواب لا غير ذلك . فإن الإنسان قد يقف ملكه على غيره تودداً لا[1] لأجل القربة ويكون وقفاً لازماً . ومن الناس من يقف عقاره على ولده خشية على بيعه له بعد موته وإتلاف ثمنه واحتياجه إلى غيره من غير أن تخطر القربة بباله . وربما يترقى الحال إلى ترتب الإثم به ، فإن من الناس من يستدين حتى يستغرق الدين ماله وهو مما يصح وقفه ، فيخشى أن يحجر عليه وأن يباع ماله في الدين فيقفه ؛ ليفوته على رب الدين . ويكون وقفاً لازماً ؛ لكونه قبل الحجر عليه مطلق التصرف في ماله . هذا مع أن بعض الناس ربما يقف على ما لا يقف عليه غالباً إلا قربة ؛ كالمساكين والمساجد قاصداً بذلك الرياء أو نحوه فإنه يلزم ولا يثاب عليه ؛ لأنه لم يبتغ وجه الله تعالى . والله أعلم .

(**ويحصل**) الوقف حكماً (**بفعل مع**) شيء (**دالٍّ عليه**) أي : على الوقف (**عُرفاً**) كما يحصل ذلك بالقول ؛ لاشتراكهما في الدلالة عليه في أصح الروايتين .

قال الموفق والشارح وصاحب « الفائق » وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال الحارثي : مذهب أبي عبد الله : انعقاد الوقف به وعليه الأصحاب . انتهى .

قال في « الإنصاف » : وجزم به في « الجامع الصغير » و« رؤوس المسائل » للقاضي ، و« رؤوس المسائل » لأبي الخطاب و« الكافي » و« العمدة » و« الوجيز » وغيرهم .

وذلك (**كأن يبني**) إنسان (**بنياناً على هيئة مسجد ، ويأْذن إذناً عاماً**) أي : لمن شاء الصلاة فيه من المسلمين (**في الصلاة فيه . حتى لو كان**) المكان المأذون في الصلاة فيه (**سفل بيته أو علوه أو وسطه**) فإنه يصح وإن لم يذكر استطراقاً ؛ كما لو باعه ولم يذكره ، (**ويستطرق**) .

---

(١) ساقط من أ .

قال في « الفروع » : قال شيخنا : أو أذَّن فيه وأقام . ونقله أبو الخطاب وجعفر وجماعة . ولو نوى خلافه . نقله أبو طالب . انتهى .

ومعنى قول الشيخ تقي الدين : أن من بنى بنياناً على هيئة مسجد وأذَّن فيه وأقام كان الأذان والإقامة فيه مقام الإذن العام في الصلاة فيه . ومعنى نقل أبي طالب : أن نية خلاف ما دل عليه الفعل لا أثر لها . والله أعلم .

(**أو**) يبني إنسان (**بيتاً**) يصلح (**لقضاء حاجة أو تطهُّر ويُشَرِّعُه**) أي : يفتح بابه إلى الطريق .

قال في « القاموس » : وأَشْرع باباً إلى الطريق : فتحه . والطِريق بَيَّنَه كَشَرَّعَهُ تَشريعاً . انتهى .

(**أو يجعل أرضه**) مهيَّأة لأن تكون (**مقبرة ويأذن إذناً عاماً في الدفن فيها**) ؛ لأن الإذن الخاص قد يقع على غير الموقوف فلا يفيد دلالة الوقف . قاله الحارثي .

(**و**) يحصل (**بقول**) رواية واحدة . والإشارة المفهمة من الأخرس كالقول .

(**وصريحه : وقفت ، وحبَّست ، وسبَّلت**) . فمن أتى بكلمة من هذه الكلم الثلاث صح بها الوقف ؛ لعدم احتمال غيره بعرف الاستعمال المنضم إليه عرف الشرع ؛ لأن النبي ﷺ قال : « إن شئت حبست أصلها وسبَّلت ثمرتها »[1] . فصارت هذه الألفاظ في الوقف ؛ كلفظ التطليق في الطلاق .

قال في « الإنصاف » : وأما سبلت فصريحة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

وقال الحارثي : والصحيح أنه ليس صريحا ؛ لقوله عليه أفضل الصلاة والسلام : « حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة »[2] .

---

(١) سبق تخريجه من حديث عمر ص (١٥٧) رقم (١) .

(٢) أخرجه النسائي في « سننه » (٣٦٠٣) ٦ : ٢٣٢ كتاب الأحباس . باب حبس المشاع . =

غائر بين معنى التحبيس والتسبيل فامتنع كون أحدهما صريحاً في الآخر .

وقد علم كون الوقف هو : الإمساك في الرقبة عن أسباب التملكات . والتسبيل : إطلاق التمليك . فكيف يكون صريحاً في الوقف ؟ . انتهى .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن إضافة التحبيس إلى الأصل والتسبيل إلى الثمرة لا يقتضي المغايرة في المعنى . فإن الثمرة محبسة أيضاً على ما شرط صرفها إليه .

وبأن المالك لو قال : حبست ثمرة نخلي على الفقراء كان ذلك وقفاً لازماً باتفاق من يرى أن التحبيس صريح في الوقف . فصحة التحبيس في الثمرة دون صحة التسبيل في الأصل ترجيح من غير مرجح .

وبأنا لا نسلم أن التسبيل إطلاق التمليك ؛ لأن الشارع قيده بإزاء الوقف فصار فيه حقيقة شرعية .

فإن قيل : فيلزم أن يقال ذلك في لفظ : تصدقت فإن في بعض الروايات الصحيحة : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها »[1] .

فالجواب : أن الصدقة سَبَق لها حقيقة شرعية في غير الوقف هي أعم من الوقف . فلا يؤدي معناه بها إلا بقيد يخرجها عن المعنى الأعم ، ولهذا كانت كناية فيه . بخلاف التسبيل . والله أعلم .

وفي جمع الشارع بين لفظي[2] التحبيس والتسبيل تبيين لحالتي الابتداء والدوام . فإن حقيقة الوقف ابتداء تحبيسه ودوام تسبيل[3] منفعته . ولهذا حد غالب الأصحاب الوقف بهما .

= وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٣٩٧) ٢ : ٨٠١ كتاب الصدقات . باب من وقف . كلاهما عن عمر رضي الله عنه .

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٥٨٦) ٢ : ٩٨٢ كتاب الشروط . باب الشروط في الوقف .

(٢) في أ و ب : لفظتي .

(٣) في ب : ودواماً تسبيل .

قال في « المغني » : والوقف مستحب . ومعناه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة . وعبارته في « المقنع » : وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة .

قال في « الإنصاف » : وكذا قال في « الهداية » و« المذهب » و« المستوعب » و« الخلاصة » و« الكافي » و« التلخيص » و« الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الوجيز » و« الفائق » وغيرهم .

قال الزركشي : وأراد من حد بهذا الحد مع شروطه[1] المعتبرة . وأدخل غيرهم الشروط في الحد . انتهى .

(**وكنايته**) أي : الوقف : (**تصدَّقت ، وحرَّمت ، وأبَّدت**) ؛ لعدم خلاص كل لفظ منها[2] عن الاشتراك . فإن الصدقة تستعمل في الزكاة . وهي ظاهرة في صدقة التطوع . والتحريم صريح في الظهار . والتأبيد يستعمل في كل ما يراد تأبيده من وقف وغيره .

(و) الحكم فيها : أنه (**لا يصح**) الوقف (**لها**) مجردة عن شيء يصرفها إلى الوقف ككنايات الطلاق فيه ؛ لأنها لم يثبت لها فيه عرف لغوي ولا شرعي .

وأشير إلى ما يصرفها[3] إليه بقوله : (**إلا بنية**) أي : نية الوقف . فمتى أتى مالك بأحد هذه الكنايات الثلاث واعترف أنه نوى بها الوقف : لزمه في الحكم ؛ لأنها بالنية صارت ظاهرة فيه .

وإن قال : ما أردت بها الوقف : قُبل قوله ؛ لأنه أعلم بما في ضميره ؛ لعدم الاطلاع على ما في الضمائر .

(**أو قَرَنها**) أي : الكناية في اللفظ (**بأحد الألفاظ الخمسة**) وهي الكنايات والصرائح الثلاث ؛ (**كـ**) قوله : (**تصدقت صدقة موقوفة . أو**) تصدقت صدقة (**محبَّسة . أو**) تصدقت صدقة (**مسبَّلة . أو**) تصدقت صدقة (**محرَّمة . أو**) تصدقت صدقة (**مؤبَّدة** .

---

(١) في أ : شروط .

(٢) في أ : منهما .

(٣) في أ : صرفها .

أو) قرن الكناية (**بحكم الوقف ؛ كـ**) قوله : تصدقت صدقة (**لا تباع . أو**) صدقة (**لا توهب . أو**) صدقة (**لا تورث . أو**) تصدقت بداري (**على قبيلة**) كذا ، (**أو**) على (**طائفة كذا**) ؛ لأن ذلك كله لا يستعمل في ما سوى الوقف . فانتفت الشركة .

وذكر أبو الفرج : أن أبّدت : صريح . وأن صدقة موقوفة أو مؤبدة أو لا تباع : كناية .

وقال الحارثي : إضافة التسبيل بمجرده إلى الصدقة لا يفيد زوال الاشتراك . فإن التسبيل لا يفيد ما تفيده الصدقة أو بعضه فلا يفيد معنى زائداً . وكذا لو اقتصر على إضافة التأبيد إلى التحريم لا يفيد الوقف[1] ؛ لأن التأبيد قد يريد به دوام التحريم فلا يخلص اللفظ عن الاشتراك . قال : وهذا الصحيح . انتهى .

ومن الألفاظ المفيدة للوقف : لو قال إنسان تصدقت بأرضي ، أو بداري ، أو بنخلي على زيد ، والنظر لي أيام حياتي ، أو ثم من بعد زيد على عمرو ، أو على ولده ، أو على مسجد كذا ونحو ذلك ؛ لأن هذه الألفاظ ونحوها لا تستعمل فيما عدا الوقف . أشبه ما لو أتى بلفظه الصريح .

(فـ) أما (**لو قال : تصدقت بداري على زيد ، ثم قال : أردت الوقف وأنكر زيد**) وقال : إنما هي صدقة فلي التصرف في رقبتها بما أريد : كان له ذلك ، و (**لم تكن وقفاً**) ؛ لأن قول المتصدق في الحكم مخالف للظاهر .

قال في « الإنصاف » : فيعايى بها . انتهى .

ولعل وجه ذلك : على تقدير حصول النية باطناً . والله أعلم .

* * *

---

(١) في أ و ب : الوقت .

[فصل : في شروط الوقف]

(**فصل . وشروطه**) أي : شروط الوقف المعتبرة لصحته أربعة :

الأول : (**مصادفته عيناً يصح بيعها ، و**) أن تكون من الأعيان التي (**ينتفع بها**) ما يعد انتفاعاً (**عرفاً**) .

وأن يكون النفع مباحاً بلا ضرورة مقصوداً متقوماً ؛ (**كإجارة**) كما قلنا في النفع الذي يصح عقد الإجارة عليه (**مع بقائها**) أي : العين .

واعتبر أبو محمد الجوزي بقاء متطاولاً أدناه عمر الحيوان . وسيأتي في المتن محترز ذلك .

(**أو**) مصادفة الوقف (**مشاعاً منها**) أي : من عين متصفة بالصفات المتقدمة في قول أكثر العلماء ؛ لما روى ابن عمر قال : « المائة سهم التي بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إليَّ منها فأردت أن أتصدق بها . فقال النبي ﷺ : احبس أصلها وسبِّل ثمرتها »[1] . رواه النسائي وابن ماجه .

ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً . فجاز عليه مشاعاً ؛ كالبيع .

ويعتبر أن يقول : كذا سهماً [من كذا سهماً][2] . قاله أحمد .

قال في « الفروع » : ثم يتوجه أن المشاع لو وقفه مسجداً ثبت حكم المسجد

---

(١) أخرجه النسائي في « سننه » (٣٦٠٣) ٦ : ٢٣٢ كتاب الأحباس . باب حبس المشاع .
وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٣٩٧) ٢ : ٨٠١ كتاب الصدقات . باب من وقف . كلاهما عن عمر رضي الله عنه .

(٢) ساقط من أ .

في الحال . فيمنع منه الجنب . ثم القسمة متعينة هنا لتعيّنها[1] طريقاً للانتفاع بالموقوف . وكذا ذكره ابن الصلاح . انتهى .

وفي « الرعاية الكبرى » : لو وقف نصف عبده صح[2] . ولم يسر إلى بقيته .

وسواء كانت هذه العين التي صادفها الوقف أو صادف منها جزءاً مشاعاً معلوماً (**منقولة ؛ كحيوان**) ؛ كما لو وقف فرساً على الغزاة ، (**وأثاثٍ**) ؛ كما لو وقف بساطاً لفرش مسجد عند صلاة ، (**وسلاح**) ؛ كما لو وقف سيفاً أو رمحاً أو قوساً على الغزاة ، (**وحلي على لُبْسٍ وعارية**) لمن يباح له . (**أو لا**) يعني : أو لم تكن العين منقولة ؛ (**كعقار**) .

أما صحة وقف الحيوان ؛ فلما روى أبو هريرة مرفوعاً : « من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه حسنات »[3] . رواه البخاري .

ولأنه يحصل تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة . فصح الوقف فيه ؛ كالأرض .

وأما في الأثاث والسلاح ؛ فلقول النبي ﷺ : « أما خالد فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله »[4] . متفق عليه .

وفي لفظ للبخاري : « وأعتُدَه »[5] .

قال الخطابي : الأعتاد : ما يعده الرجل من رَكوب وسلاح وآلة الجهاد .

---

(١) في أ و ب : لتعيينها .
(٢) في أ : يصح .
(٣) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٦٩٨) ٣ : ١٠٤٨ كتاب الجهاد والسير . باب من احتبس فرساً .
(٤) أخرجه البخاري في « صحيحه » (١٣٩٩) ٢ : ٥٣٤ كتاب الزكاة . باب قول الله تعالى : ﴿ وَفِي ٱلرِّقَابِ . . . ﴾ [التوبة : ٦٠] .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (٩٨٣) ٢ : ٦٦٦ كتاب الزكاة . باب في تقديم الزكاة ومنعها .
(٥) انظر السابق .

وأما في الحلي ؛ فلما روى نافع : « أن حفصة ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً حبسته على نساء آل الخطاب . فكانت لا تخرج زكاته » . رواه الخلال .

ولوجود الضابط .

ولأن فيه نفعاً مباحاً مقصوداً . فجاز أخذ الأجرة عليه وصح وقفه ؛ كوقف السلاح في سبيل الله .

وعنه : لا يصح الوقف إلا في العقار .

قال أحمد في رواية الأثرم : إنما الوقوف في الدور والأرضين على ما وَقَفَ أصحاب رسول الله ﷺ .

وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد : لا بأس به .

ونقل المروذي : لا يجوز وقف سلاح . ذكره أبو بكر .

وعنه : ولا حلي لتحلّ .

وفي « الوسيلة » : يصح وقف المصحف رواية واحدة .

وظاهر ما تقدم : أنه إذا وقف عقاراً مشهوراً لم يشترط إلا ذكر حدوده . وهو المذهب . نص عليه .

قال في « الفروع » : نقل جماعة فيمن وقف الدار ولم يحدّها قال : وإن لم يحدها إذا كانت معروفة . انتهى .

و (**لا**) يصح أن يصادف الوقف (**ذمة ؛ كدار وعبد . أو**) أن يصادف (**مبهماً ؛ كأحد هذين**) هذا بيان لمحترز قوله : مصادفته عيناً . فإنه لو قال : وقفت على زيد داراً أو عبداً ولم يعين ذلك أو وقفت عليه أحد هذين العبدين أو الدارين أو نحو ذلك : لم يصح ؛ لأنه نقل ملك على وجه الصدقة . فلم يصح في غير معين ؛ كالهبة . وفي وقفت أحد هذين وجه بالصحة .

وأشير إلى محترز قوله يصح بيعه بقوله : (**أو ما لا يصح بيعه ؛ كأم ولد ، وكلب ، ومرهون**) ؛ لأن الوقف تصرف بإزالة الملك . فلا يصح فيما لا يصح بيعه .

وفي أم الولد وجه .

ثم أشار إلى محترز قوله : وينتفع بها عرفاً مع بقائها بقوله : (**أو لا ينتفع به مع بقائه ؛ كمطعوم ومشموم ، وأثمان ؛ كقنديل من نقد على مسجد ، ونحوه**) أي : نحو القنديل ؛ كحلقة فضة تجعل في بابه ، وكوقف الدراهم والدنانير لينتفع باقتراضها ؛ لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك . فعلى المذهب : يزكي النقد ربه[1] ؛ لبقائه في ملكه .

وقيل : يصح وقف القنديل والحلقة ونحوهما على المسجد فيكسر ويصرف في مصلحته .

وقيل : يصح وقف الدراهم والدنانير على قول من أجاز إجارتها .

ولما كان وقف الأثمان يصح في بعض الصور على سبيل التبعية أشار إلى ذلك بقوله . (**إلا تبعاً ؛ كفرس**) أي : كوقف فرس في سبيل الله (**بلجام وسرج مفضَّضين**) .

قال أحمد : فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله : فهو على ما وقف ووصى . وإن بيع الفضة من السرج واللجام وجعل في وقف مثله فهو أحب إليّ ؛ لأن الفضة لا ينتفع بها ، ولعله يشتري بتلك الفضة سرجاً ولجاماً فيكون أنفع للمسلمين . قيل له : تباع الفضة وتجعل في نفقته ؟ قال : لا .

قال في « المغني » : فأباح أن يشتري بفضة السرج واللجام سرجاً ولجاماً ؛ لأنه صرفٌ لهما في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه . فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ، ولم يجز إنفاقها على الفرس ؛ لأنه صرفٌ لها إلى غير جهتها . انتهى .

وظاهر قوله : وحلي على لبس وعارية : أنه لو أطلق الوقف فيه : لم يصح . وهو المذهب . قطع به في « الفائق » وقدمه في « الفروع » .

---

(١) في ج : به .

وقيل : يصح . ويحمل عليها .

الشرط (**الثاني**) من شروط صحة الوقف : (**كونه على برٍّ**) . سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً . نص عليه أحمد : في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى : فلهم أخذها ، وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم .

قال في « المغني » : وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ؛ لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين .

فإن قيل : فقد قلتم أن أهل الكتاب إذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا أو ترافعوا إلينا لم يُنقض ما فعلوه . فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟

قلنا : الوقف ليس بعقد معاوضة . وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القربة . فإذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك . فيبقى بحاله ؛ كالعتق .

وقد روي عن أحمد رحمه الله : في نصراني أشهد على نفسه في وصية : أن غلامه فلاناً يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر . ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال : هو حر . ويُرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين .

وروي عنه قال : هو حر ساعة مات مولاه ؛ لأن هذه معصية . وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله .

ويحتمل أن قوله : يُرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوصية . بل لأنه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحته . فإذا تعذر العوض بإسلامه كان عليه ما يقوم مقامه ؛ كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فإنه يجب عليه المهر . كذا هاهنا يجب عليه العوض . والأول أولى . انتهى .

والمراد بالبر هنا[1] القربة ؛ وذلك (كـ) ـالوقف على (**المساكين**

---

(١) في أ : هاهنا .

والمساجد والقناطر والأقارب) ؛ لأنه شرع لتحصيل الثواب . فإذا لم يكن على بر لم يحصل المقصود الذي شرع من أجله .

فعلى هذا لا يصح على طائفة الأغنياء ، ولا على طائفة أهل الذمة ، ولا على صنف منهم . وإنما صح على المساجد والقناطر وإن كان تمليكاً ؛ لأنه على المسلمين ؛ لأنه يعود نفعه إليهم .

(ويصح من ذمي على مسلم معين ، وعكسه) أي : ومن مسلم على ذمي معين ؛ لما روي « أن صفية بنت حيي زوج النبي ﷺ وقفت على أخٍ لها يهودي » .

ولأن الذمي موضعٌ للقربة لجواز الصدقة عليه .

ولأن من جاز أن يقف عليه الذمي جاز أن يقف عليه المسلم .

وعلى المذهب : يصح الوقف على الذمي **(ولو)** كان **(أجنبياً)** من الواقف .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب ، جزم به في « المغني » و« الكافي » و« المحرر » و« الشرح » و« المنتخب » و« عيون المسائل » وغيرهم .

قال في « الفائق » : ويصح على ذمي من أقاربه . نص عليه ، وعلى غيره من معين في أصح الوجهين دون الجهة . وهو ظاهر ما قطع به الحارثي . وأطلق الوجهين في « الحاوي الصغير » .

وقال الحلواني : يصح على الفقراء منهم دون غيرهم . وصحح في « الواضح » صحة الوقف من ذمي عليهم دون غيرهم[1] . انتهى .

(ويستمر) الوقف **(له)** أي : للذمي الموقوف عليه **(إذا أسلم ، ويلغو شرطه ما دام كذلك)** يعني : لو وقف إنسان شيئاً على ذمي وشرط استحقاقه له

---

(١) ي أ : غيره .

ما دام ذمياً فأسلم بقي له وكان الشرط لاغياً ؛ لأنه لو قيل بصحته لخرج الوقف عن كونه قربة . وفيه وجه .

قلت : ويتوجه مثل ذلك ما لو وقف على زيد ما دام غنياً ، أو على فلانة ما دامت متزوجة .

وقيل : لا يشترط كون الوقف على بِرّ . بل المشترط : أن لا يكون على مكروه .

وقيل : المشترط أن لا يكون على جهة معصية . سواء كان قربة وثواباً أو لم يكن .

فعلى هذا يصح الوقف على طائفة الأغنياء وطائفة أهل الذمة .

وعلى كل من الأقوال (**لا**) يصح الوقف (**على كنائس**) جمع كنيسة .

قال في « القاموس » : والكنيسة : متعبد اليهود أو النصارى أو الكفار . انتهى .

(**أو**) **على** (**بيوت نار**) . واحدها بيت نار . وهو : للمجوس .

(**أو**) على (**بِيَع**) جمع بيعة بكسر الباء الموحدة : متعبد النصارى ، (**ونحوها**) ؛ كصوامع الرهبان . (**ولو**) كان الوقف (**من ذمي**) ؛ لكون ذلك معصية . والمسلم والذمي في ذلك سواء .

ولا يصح الوقف أيضاً على من يعمرها ؛ لأنه يُراد لتعظيمها .

(**بل على المار بها من مسلم أو ذمي**) ؛ لأن الوقف على المجتازين . والصدقة عليهم : جائزة وصالحة للقربة .

وظاهر كلام المتن : أن الوقف على المار بها من أهل الذمة فقط : لم يصح . وهو كذلك . وهو المذهب .

قال الحارثي : إن خص أهل الذمة فوقف على المارة منهم : لم يصح . وقدمه في « الفروع » .

وقيل : بلى .

وقاله في « المغني » في بناء بيت يسكنه المجتاز منهم .

وحكى في « الموجز » رواية بصحة الوقف على كنيسة وبيعة .

وفي « المنتخب » و« عيون المسائل » و« المغني » : يصح الوقف على أهل الذمة كالمسلمين . وصححه الحلواني على فقرائهم . وصححه في « الواضح » من ذمي عليهم وعلى بيعة وكنيسة .

(**ولا**) يصح (**على كُتُبِ التوراة والإنجيل**) أي : كتابتهما أو كتابة شيء منهما ؛ لأن كتابتها معصية ؛ لكونها مبدلة منسوخة .

ولذلك : غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال : « أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آتِ بها بيضاء نقية . لو كان أخي موسى حياً ما وسعه إلا اتباعي »[١] .

قلت : ويلحق بذلك كتب المبتدعة[٢] ؛ كالخوارج والقدرية ونحوهما . والله أعلم .

(**أو**) على (**حربي أو**) على (**مرتد**) . فلا يصح على واحد منهما ؛ لأن ملكه تجوز إزالته ، والوقف يجب أن يكون لازماً .

ولأن إتلاف أنفسهما والتضييق عليهما واجب فلا يجوز فعل ما يكون سبباً لبقائهما والتوسعة عليهما .

وفي « الانتصار » : لو نذر الصدقة على ذمية لزمه . نقله في « الفروع » واقتصر عليه .

ويصح الوقف على الصوفية . وهم المشتغلون بالعبادات في غالب الأوقات المعرِضون عن الدنيا ؛ لأن ذلك جهة بر .

قال الشيخ تقي الدين : فمن كان منهم جمّاعاً للمال ، أو لم يتخلق بالأخلاق

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥١٩٥) ٣ : ٣٨٧ .

(٢) في أ : كالمبتدع .

المحمودة ولا تأدب بالآداب الشرعية غالباً ، أو فاسقاً : لم يستحق لآداب وضعية ـ يعني : قد اصطُلح على وضعها ـ .

قال في « الفروع » : ولم يعتبر الحارثي الفقر . ويتوجه احتمال : لا يصح عليهم . ولهذا قال الشافعي : ما رأيت صوفياً عاقلاً إلا سلمان الخواص .

وقال : لو أن رجلاً تصوف من أول النهار لم يأت الظهر إلا وجدته أحمق . انتهى .

ويصح وقف عبده على حجرة النبي ﷺ لإخراج ترابها وإشعال قناديلها وإصلاحها . لا لإشعالها وحده وتعليق[1] ستورها الحرير ، والتعليق ، وكنس الحائط ، ونحو ذلك . ذكره في « الرعاية » .

وأبطل ابن عقيل وقف ستورٍ لغير الكعبة ؛ لأنه بدعة . وصححه ابن الزاغوني فيصرف لمصلحته . ذكر ذلك ابن الصيرفي .

وفي « فتاوى ابن الزاغوني » : أنه معصية لا ينعقد .

وأفتى أبو الخطاب بصحته وينفق ثمنها على عمارته ولا يستر ؛ لأن الكعبة خصت بذلك كالطواف . نقل ذلك في « الفروع » .

وعلم مما تقدم أنه لا يصح الوقف على قطّاع الطريق ولا المغاني ولا المتمسخرين ولا لعاب الشطرنج أو النرد أو نحوهما من حيث الجهة .

ويصح على رجل معين متصف بذلك . وإن شرط ما دام كذلك : لغا الشرط ؛ كقوله في وقف على كافر : ما دام كافراً . وتقدم التنبيه على ذلك[2] .

وإن وقف على امرأة ما دامت عزباً : قال في « الإنصاف » : فعلى المذهب : اشتراط العزوبة باطل ؛ لأن الوصف ليس قربة ، ولتمييز الغنى عليه .

وعلى هذا : هل يلغو الوصف ويعم ، أو يلغو الوقف ، أو يفرق بين أن يقف

---

(١) في أ : ويتعلق .

(٢) ص : (١٧١) .

ويشترط ، أو يذكر الوصف ابتداء . فيلغى في الاشتراط ويصح الوقف ؟ يحتمل أوجهاً . قاله في « الفائق » . انتهى .

(ولا) يصح (**عند الأكثر**) أن يقف الإنسان ماله (**على نفسه**) في إحدى الروايتين .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهو ظاهر كلام الخرقي .

قال في « الفصول » : هذه الرواية أصح .

قال الشارح : هذا أقيس .

قال في « الرعايتين » : ولا يصح على نفسه على الأصح .

قال الحارثي : وهذا الأصح عند أبي الخطاب وابن عقيل والمصنف ، وقطع به ابن أبي موسى في « الإرشاد » ، وأبو الفرج الشيرازي في « المبهج » ، وصاحب « الوجيز » وغيرهم .

نقل حنبل وأبو طالب : ما سمعت بهذا ، ولا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله . واختاره ابن عبدوس في « تذكرته » . وقدمه في « الفروع » و« شرح ابن رزين » و« الحاوي الصغير » . انتهى .

ووجه هذا : أن الوقف تمليك إما للرقبة أو للمنفعة ، وكلاهما لا يصح ؛ لأن الإنسان لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه ؛ كما لا يجوز له أن يبيع ماله من نفسه .

ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك . فلم يصح ذلك ؛ كما لو أفرده بأن يقول : لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه .

وعلى هذه الرواية هل يصح الوقف على من جعله له بعده ؛ كما لو قال : وقفت هذا على نفسي ثم على الفقراء . فيصح ويصرف على الفقراء ابتداء ، أو يقع باطلاً ؟ فيه وجهان . بناء على الوقف المنقطع الابتداء . والصحيح منهما : أنه يصح .

(**وينصرف إلى من بعده في الحال**) . جزم به في « التنقيح » وتبعته عليه وقدمه في « المحرر » .

ووجه ذلك : أن وجود ما لا يصح الوقف عليه كعدمه . فيكون كأنه وقف على من بعده ابتداء .

فإن لم يذكر غير نفسه فملكه بحاله ويورث عنه .

(**وعنه : يصح**) أن يقف الإنسان ماله على نفسه . نص الامام على ذلك في رواية إسحاق بن إبراهيم ويوسف بن موسى والفضل بن زياد .

قال في « المذهب » و« مسبوك الذهب » : صح في ظاهر المذهب .

قال الحارثي : هذا هو الصحيح .

قال أبو المعالي في « النهاية » و« الخلاصة » : يصح على الأصح .

قال الناظم : يجوز على المنصوص من نص أحمد وصححه في « التصحيح » و« إدراك الغاية » .

قال في « الفائق » : وهو المختار واختاره الشيخ تقي الدين ومال إليه صاحب « التلخيص » وجزم به في « المنور » و« منتخب الآدمي » وقدمه في « الهداية » و« المستوعب » و« الهادي » و« الفائق » وغيرهم . وقدمه المجد في « مسودته على الهداية » .

قال (**المنقح**) في « التنقيح » : (**اختاره جماعة ، وعليه العمل . وهو أظهر**) .

وعبارته في « الإنصاف » : قلت : وهذه الرواية عليها العمل في زمننا وقبله عند حكامنا من أزمنة متطاولة . وهو الصواب . وفيه مصلحة عظيمة وترغيب في فعل الخير . وهو من محاسن المذهب . انتهى .

قال في « المغني » : ونقل جماعة : أن الوقف صحيح . اختاره ابن أبي موسى .

قال ابن عقيل : وهي أصح . وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح ؛ لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه .

ولأنه يصح أن يقف وقفاً عاماً فينتفع به ، كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه .

والأول أقيس . انتهى .

قال في « الفروع » : ومتى حكم به حاكم حيث يجوز له الحكم فظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهراً ، وأن فيه في الباطن الخلاف .

وفي « فتاوى أبي عمرو ابن الصلاح » : فيما إذا حكم به حنفي وأنفذه شافعي : للواقف نقضه إذا لم يكن ذلك الصحيح في مذهب أبي حنيفة ، وإلا جاز له نقضه في الباطن فقط . بخلاف صلاته بالمسجد وحده حياته ؛ لعدم القربة والفائدة فيه . ذكره ابن شهاب وغيره . انتهى .

ويؤخذ من قوله : فظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهراً بعد تقديمه عدم صحة جواز القضاء بالمرجوح من الخلاف . والله أعلم .

(**وإن وقف**) إنسان شيئاً (**على غيره ، واستثنى غلتها أو بعضها له**) أي : للواقف ، (**أو**) استثناها أو بعضها (**لولده**) أي : لولد[1] الواقف ، (**أو**) استثنى (**الأكل**) منه ، (**أو**) استثنى (**الانتفاع**) لنفسه أو (**لأهله ، أو**) اشترط أنه (**يُطعم صديقه**) مدة (**حياته أو مدة معينة : صح**) الوقف والشرط في الجميع[2] .

قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : يَشترط في الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي منه ؟ قال : نعم . واحتج قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه عن حجر المدري « أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر » .

وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبيري وابن سريج .

---

(١) في ب : ولد .
(٢) في أ : جميع .

ولنا أيضاً : أن عمر رضي الله تعالى عنه لما وقف قال : « لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه »[١] . وكان الوقف في يده إلى أن مات .

ولأنه إذا وقف وقف عاماً ؛ كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر فإن له الانتفاع بذلك وكذلك هاهنا . وسواء في ذلك إطلاق ما يؤكل منه وتقديره . فإن عمر لم يقدر ما يأكل الولي ويطعم منه إلا بقوله بالمعروف .

وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ : أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر .

وإن وليها أحد من أهله كان له ذلك ؛ لـ « أن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر » .

(**فلو مات**) من استثنى نفع ما وقفه مدة معينة (**في أثنائها : فلورثته**) ؛ كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في أثنائها .

(**وتصح إجارتها**) أي : إجارة المدة المستثنى نفعها من الموقوف عليه وغيره . قاله في « الإنصاف » .

وقيل : لا يصح الشرط .

وقيل : ولا الوقف .

(**ومن وقف على الفقراء فافتقر : تناول منه**) .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، ونص عليه في رواية المروذي .

قال في « التلخيص » : هذا ظاهر كلام أصحابنا .

قال الحارثي : هذا الصحيح .

قال في « الفروع » و« الرعاية » : شملِه في الأصح .

---

(١) سبق تخريجه ص (١٥٧) رقم (١) .

قال في « القواعد الأصولية والفقهية » : يدخل على الأصح من المذهب . انتهى .

والمراد بقوله : تناول منه جواز التناول منه لا تعينه . ووجه ذلك : وجود الوصف الذي هو الفقر فيه .

وقيل : لا يباح له ذلك . وهو احتمال في « التلخيص » .

وقيل : إن قلنا بصحة الوقف على النفس أبيح له الأخذ منه ، وإلا فلا ؛ لأنه لا يتناول بالخصوص . فلا يتناول بالعموم بطريق الأولى .

(**ولو وقف**) إنسان (**مسجداً ، أو مقبرة ، أو بئراً ، أو مدرسة للفقهاء ، أو لبعضهم**) أي : نوع منهم ؛ كعلى الحنابلة أو الشافعية ، (**أو رباطاً للصوفية مما يعم : فهو**) أي : الواقف لذلك (**كغيره**) في الانتفاع به ؛ لما روي أن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه « سبَّل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين »[1] .

قال الحارثي : له ذلك من غير خلاف . انتهى .

الشرط (**الثالث**) من شروط صحة الوقف : (**كونه على معين**) من جهة أو شخص (**يملك**) ملكاً (**ثابتاً**) ؛ كعلى زيد ، أو كعلى المسجد الأقصى .

أما كون الوقف لا يصح على غير معين ؛ فلأنه تمليك . وهو لا يصح لمجهول ؛ كالهبة .

وأما كونه لا يصح على من لا يملك ملكاً ثابتاً ؛ فلأن الوقف يقتضي تحبيس الأصل تحبيساً لا تجوز إزالته . ومن مُلكُه غير ثابت تجوز إزالته .

ثم لما كان للتعيين محترزات وهما الجهل والإبهام أَخذ في تبيينها بقوله :

(**فلا يصح**) أي : الوقف (**على**) شيء (**مجهول ؛ كرجل**) لصدقه على كل رجل ، (**ومسجد**) لصدقه على كل مسجد .

---

(١) أخرجه الترمذي في « جامعه » (٣٧٠٣) ٥ : ٦٢٧ كتاب المناقب . باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه .

قال في « الإنصاف » عن كون الوقف لا يصح على رجل ومسجد : بلا نزاع . انتهى .

ووجهه : ما تقدم .

(**أو**) على (**مبهم** ؛ كـ) قوله : وقفت داري على (**أحد هذين**) الرجلين ، أو أحد ابنيِّ هذين ، أو على أحد هذين المسجدين ، أو على أحد هاتين القبيلتين ؛ لتردده ، كما لو قال : بعتك أحد هذين الثوبين . أو وهبتك أحدهما .

وقيل : يصح مطلقاً . وهو احتمال في « الرعاية » .

وقيل : يصح إن قلنا إن الوقف لا يفتقر إلى قبول . وهو مُخَرّج من القول بالصحة في وقفت أحد هذين الدارين . وعلى القول بالصحة في المبهم يخرج بالقرعة .

وقوله : (**أو لا يملك**) محترز قوله : يملك . فلا يصح على حيوان لا يملك ؛ (**كقن ، وأم ولد ، ومَلَك**) بفتح اللام أحد الملائكة ، (**وبهيمة**) .

قال أحمد : فيمن وقف على مماليكه : لا يصح الوقف حتى يعتقهم ؛ وذلك لأن الوقف تمليك . فلا يصح على من لا يملك .

فإن قيل : فقد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهي لا تملك .

قلنا : الوقف هناك على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم .

فإن قيل : فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة .

قلنا : الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقاباً وإثماً . بخلاف المساجد .

وقيل : يصح الوقف على القن على القول بأنه يملك . وفي ذلك روايتان .

قال في « القواعد الفقهية » : الأكثرون على أنه لا يصح الوقف على العبد على الروايتين لضعف ملكه . انتهى .

وقيل : يصح عليه . سواء قلنا يملك أو لا . ويكون لسيده . واختاره الحارثي . قاله في « الإنصاف » .

وأما أم الولد فالصحيح أنها كالقِنِّ . كما هو مجزوم به في المتن .

قال في « الإنصاف » : لا يصح الوقف على أم الولد ، على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب . واختار الحارثي : الصحة .

وقال الشيخ تقي الدين : يصح الوقف على أم ولده بعد موته . وإن وقف على غيرها ، على أن ينفق عليها مدة حياته ، أو يكون الريع لها مدة حياته : صح . فإن استثناء المنفعة لأم ولده كاستثنائها لنفسه .

وإن وقف عليها مطلقاً . فينبغي أن يقال : إن صححنا الوقف على النفس : صح ؛ لأن ملك أم ولده أكثر ما يكون بمنزلة ملكه . وإن لم نصححه . فيتوجه أن يقال : هو كالوقف على العبد القن .

ويتوجه الفرق بأن أم الولد لا تملك بحال . وفيه نظر .

وقد يُخَرّج على ملك العبد بالتمليك . فإن هذا نوع تمليك لأم ولده . بخلاف العبد القن فإنه قد يخرج عن ملكه . فيكون ملكاً لعبد الغير .

وإذا مات السيد : فقد تُخَرّج هذه المسألة على مسألة تفريق الصفقة ؛ لأن الوقف على أم الولد يعم حال رقها وعتقها . فإذا لم يصح في إحدى الحالين : خرج في الحال الأخرى وجهان .

وإن قلنا : إن الوقف المنقطع الابتداء يصح . فيجب أن يقال ذلك ، وإن قلنا : لا[1] يصح ، فهذا كذلك . انتهى .

وأما البهيمة فلا قائل بأنها تملك فهي كالميت في عدم صحة الوقف عليها .

---

(١) ساقط من أ .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب وعليه الأصحاب . واختار الحارثي : الصحة . وقال : وهو الأظهر عندي ؛ كما في الوقف على القنطرة والسقاية وينفق عليها . انتهى .

(و) كذلك الوقف على (**حمل أصالة**) ؛ كوقفت داري على ما في بطن هذه المرأة فإنه لا يصح الوقف .

قال في « الفروع » : بناء على أنه تمليك إذاً ، وأنه لا يملك . وفيهما نزاع . وصححه ابن عقيل والحارثي لحمل[1] وفاقاً لمالك كوصية له وفاقاً . انتهى .

وكذا الوقف على المعدوم ؛ (**كعلى من سيولد لي أو**) على من سيولد (**لفلان**) : فإنه لا يصح .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به القاضي في « خلافه » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وصححه المصنف في « المغني » وغيره . ذكره المصنف : في مسألة الوصية لمن تحمل هذه المرأة .

وقال المجد : ظاهر كلام أحمد : صحته . ورده ابن رجب . انتهى .

وعلم من قوله : و**حمل** أصالة أن للحمل صورتان :

إحداهما[2] : أن يوقف عليه بطريق الأصالة . وتقدمت الإشارة إلى ذلك .

والأخرى : أن يوقف عليه بطريق التبعية . وإلى ذلك أشير بقوله :

(**بل تبعاً** ؛ **كـ**) قول الواقف : وقفت هذه الدار (**على أولادي** ، **أو**) على (**أولاد فلان** ، **وفيهم**) أي : في أولاده أو في أولاد فلان (**حمل**) فإن الوقف يشمله . (**فيستحق**) هذا (**بوضع** .

وكل حمل من أهل وقف : من ثمر وزرع . ما يستحقّه مشتر) لشجرٍ وأرض عن ثمر وزرع .

---

(١) ساقط من ب .

(٢) في ب : أحدهما .

قال ابن رجب : قاعدة تمليك المعدوم والإباحة له نوعان :

أحدهما : أن يكون بطريق الأصالة . فالمشهور : أنه لا يصح .

والثاني : أن يكون بطريق التبعية . فيصح في الوقف والإجارة .

وهذا إذا صرح بدخول المعدوم . فأما إن لم يصرح وكان المحل[1] لا يستلزم المعدوم ففي دخوله خلاف . وكذا لو انتقل الوقف إلى قوم فحدث من يشاركهم . ويتخرج على هذه القاعدة مسائل . ثم قال :

ومنها : الوقف على ولده وولد ولده أبداً أو من[2] يولد له : فيصح بغير إشكال . نص عليه .

ومنها : لو وقف على ولده وله أولاد موجودون ثم حدث له ولد آخر ففي دخوله روايتان . وظاهر كلام أحمد دخوله في المولود قبل تأبير النخل . وقد سبق . وهو قول ابن أبي موسى أيضاً ، وظاهر كلام القاضي وابن عقيل ، وأفتى به ابن الزاغوني . انتهى .

لكن قوله : وظاهر كلام أحمد . . . إلى آخره مرجوح ، والمنصوص : أنه يستحق من الزرع والثمر ما يستحقه مشترٍ كما في المتن .

قال في « الإنصاف » : تجدد حق الحمل بوضعه من ثمر وزرع كمشتر . نقله المروذي وجزم به في « المغني » و« الشرح » والحارثي . وقال : ذكره الأصحاب في الأولاد وقدمه في « الفروع » .

ونقل جعفر : يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد ، ومن نخل لم يؤبر . فإن بلغ الزرع الحصاد أو أبر النخل لم يستحق منه شيئاً . وقطع به في « المبهج » و« القواعد » . وقال : وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين[3] المؤبر وغيره

---

(١) في ج : الحمل .

(٢) في أ و ب : ومن .

(٣) في أ : هن .

هنا . منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه معللين بتبعية غير المؤبر في العقد . فكذا في الاستحقاق .

وقال في « المستوعب » : يستحق قبل حصاده .

وقال الشيخ تقي الدين : الثمرة الموجودة عند التأبير أو بدو الصلاح . انتهى .

(**وكذا**) أي : وكالحمل في تجدد الاستحقاق (**من**) أي : إنسان (**قدم إلى**) ثغر (**موقوف عليه فيه**) أي : في ذلك المكان ، (**أو خرج منه إلى مثله . إلا أن يشرط لكل زمن من قدر معين فيكون له بقسطه**) .

قال في « الفروع » : ويشبه الحمل إن قدم إلى ثغر موقوف عليه ، أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه . نقله يعقوب . وقياسه : من نزل في مدرسة ونحوه[1] .

وقال ابن عبد القوي : ولقائل أن يقول ليس كذلك ؛ لأن واقف المدرسة ونحوها جعل ريع الوقف في السنة كالجُعْل على اشتغال من هو في المدرسة عاماً . فينبغي أن يستحق بقدر عمله من[2] السنة من ريع الوقف في السنة ؛ لئلا يفضي إلى أن يحضر الإنسان شهراً مثلاً فيأخذ مغل جميع الوقف ويحضر غيره باقي السنة بعد ظهور الثمرة فلا يستحق شيئاً . وهذا يأباه مقتضى الوقوف ومقاصدها . انتهى .

قال الشيخ تقي الدين : يستحق بحصته من مغله . وقال : من جعله كالولد فقد أخطأ . انتهى .

وقوله : (**أو يملك لا ثابتاً**) هو محترز قوله : يملك ثابتاً فإن من ملكه غير ثابت ؛ (**كمكاتب**) لا يصح الوقف عليه .

قال في « المغني » : ولا يصح الوقف على المكاتب وإن كان يملك ؛ لأن ملكه غير مستقر .

---

(١) في ب : ونحوها .
(٢) في أ : في .

وقيل : يصح . اختاره الحارثي .

وقطع بالأول جماعة .

وقال في « الإنصاف » : إنه الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

الشرط (**الرابع**) من شروط صحة الوقف : (**أن يقف ناجزاً**) أي : غير معلق[١] أو مؤقت أو مشروط فيه الخيار أو نحوه ؛ كأن يبيعه أو يهبه أو يحوله عن جهته متى شاء . وسيأتي الكلام على ذلك في المتن .

(**فلا يصح تعليقه**) على شرط في الحياة . سواء كان التعليق لابتدائه ؛ كقوله : إذا قدم زيد أو ولد لي ولد أو جاء رمضان فداري وقف على كذا . أو كان التعليق لانتهائه ؛ كقوله : داري وقف على كذا إلى أن يحضر زيد أو يولد لي ولد أو نحو ذلك ؛ لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية . فلم يجز تعليقه بشرط في الحياة ؛ كالهبة .

قال في « الفروع » : ولا يصح معلقاً بشرط . وفيه وجه .

قال في « الإنصاف » بعد أن ذكر أن المذهب : لا يصح تعليقه بشرط : وقيل : يصح . واختاره الشيخ تقي الدين وصاحب « الفائق » والحارثي . وقال : الصحة أظهر . ونصره .

وقال ابن حمدان ـ من عنده ـ إن قيل : الملك لله تعالى : صح التعليق ، وإلا فلا . انتهى .

وقال في « المغني » : في تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة : إنه لا يجوز . لا نعلم فيه خلافاً .

وحكى في تعليق انتهائه على شرطٍ وجهين .

(**إلا**) إن علق الواقف الوقف (**بموته**) بأن قال : هو وقف بعد موتي فإنه يصح .

---

(١) في أ : متعلق .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب .

ووجه ذلك : أنه تبرع مشروط بالموت . فصح ؛ كما لو قال : قفوا داري على جهة كذا بعد موتي .

وقال أبو الخطاب في « الهداية » : لا يصح .

قال في « المغني » : ولنا على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به الإمام أحمد رضي الله تعالى عنه «أن عمر وصى فكان في وصيته هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث[1] أن ثَمَغاً صدقة »[2] . وذكر بقية الخبر .

وقد ذكرناه في غير هذا الموضع . ورواه أبو داود بنحو من هذا .

وهذا نص في مسألتنا . ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ .

ولأنه اشتهر في الصحابة . فلم ينكر فكان إجماعاً .

ولأن هذا تبرع معلق بالموت . فصح ؛ كالهبة والصدقة المطلقة .

أو نقول صدقة معلقة بالموت . فأشبهت غير الوقف . ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة . بدليل الصدقة والهبة المطلقة وغيرهما ؛ وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة . بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول والحمل وغير ذلك . وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط . انتهى .

وقيل : لا يصح .

والثمَغ : بمثلثة ومعجمة وميم مفتوحة بينهما .

قال في « القاموس » : وثمغ بالفتح : مال بالمدينة لعمر وقفه .

(و) على المذهب : (يلزم) الوقف (من حينه) أي : من حين قوله : هو وقف بعد موتي .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٨٧٩) ٣ : ١١٧ كتاب الوصايا . باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف .

قال ابن رجب في القاعدة الثانية والثمانين : وأما عقود غير التملكات المنجزة فنوعان :

أحدهما : ما يؤول إلى التمليك . فما كان منه لازماً لا يستقل العاقد أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب . فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها ويندرج في ذلك صور .

ثم ذكر مسائل . ثم قال : ومنها المعلق وقفها بالموت إن قلنا : هو لازم . وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني : صارت كالمستولدة . فينبغي أن يتبعها ولدها ، وإن قلنا : ليس بلازم ، وكلام أحمد في آخر رواية الميموني يشعر به حيث قال : إن كان يتأول ويُشبِّهه بالمدبر - يعني : أنه يبيعه - فهل يتبعه الولد كالمدبرة أو لا يتبع ؛ لأن الوقف تغلب فيه شائبة التمليك . فهو كالموصى به ؟ يحتمل وجهين . انتهى .

وعبارته في « الإنصاف » : قال الحارثي : كلام الأصحاب يقتضي أن الوقف المعلق على الموت ، أو على شرط في الحياة : لا يقع لازماً قبل وجود المعلق عليه ؛ لأن ما هو معلق بالموت وصية ، والوصية في قولهم لا تلزم قبل الموت ، والمعلق على شرط في الحياة في[1] معناها . فيثبت فيه مثل حكمها في ذلك .

قال : والمنصوص عن أحمد في المعلق على الموت هو : اللزوم .

قال الميموني في « كتابه » : سألته عن الرجل يوقف على أهل بيته ، أو على المساكين بعده فاحتاج إليها ، أيبيع على قصة المدبر ؟ فابتدأني أبو عبد الله بالكراهة لذلك . فقال : الوُقوف إنما كانت من أصحاب النبي ﷺ على أن لا يبيعوا ولا يهبوا .

قلت : فمن شبّهه وتأول المدبر عليه . والمدبر قد يأتي عليه وقت ويكون فيه

---

(١) ساقط من أ .

حراً ، والوقوف إنما هي[1] شيء وقفه بعده . وهو ملك الساعة[2] .

قال لي : إذا كان يتأول .

قال الميموني : وإنما ناظرته بهذا ؛ لأنه قال لي : المدبر ليس لأحد فيه شيء . وهو ملك الساعة . وهذا شيء وقفه على قوم مساكين فكيف يحدث به شيئاً ؟

فقلت : هكذا الوقوف . ليس لأحد فيها شيء ، الساعة هو ملك . وإنما استحق بعد الوفاة كما أن المدبر الساعة ليس بحر ، ثم يأتي عليه وقت يكون فيه حراً . انتهى كلام الميموني .

قال صاحب « الإنصاف » : فنص أحمد على الفرق بين الوقف بعد الموت وبين المدبر . قال الحارثي : والفرق عسر جداً .

وتابع في « التلخيص » المنصوص فقال : أحكام الوقف خمسة : منها : لزومه في الحال . أخرجه مخرج الوصية أو لم يخرجه ، وعند ذلك ينقطع تصرفه فيه .

قال صاحب « الإنصاف » وشيخنا رحمه الله[3] في حواشي « المحرر » : لما لم يطلع على نص أحمد ردَّ كلام صاحب « التلخيص » وتأوله ، اعتماداً على أن المسألة ليس فيها منقول . مع أنه وافق الحارثي على أن ظاهر كلام الأصحاب : لا يقع الوقف والحالة هذه لازماً . انتهى كلام صاحب « الإنصاف » .

فعلم مما تقدم أن المذهب اللزوم ؛ لكونه ظاهر النص ، وأن فيه احتمالاً مأخوذاً من قوله : إذا كان يتأول . والله أعلم .

(**ويكون**) الوقف المعلق بالموت معتبراً (**من ثلثه**) أي : ثلث مال الواقف ؛ لأنه في حكم الوصية . فإن خرج من الثلث لم يكن لأحد من الورثة ولا من غيرهم رد شيء ، وإن زاد على الثلث : لزم الوقف منه في قدر الثلث ، ووقف الزائد على إجازة الورثة .

---

(١) في أ : هو .

(٢) في أ : الساع .

(٣) في أ : رحمه الله تعالى .

قال في « المغني » : لا نعلم في هذا خلافاً عند القائلين بلزوم الوقف .

(**وشرط بيعه**) أي : شرط الواقف بيع الوقف ، (**أو**) شرط (**هبته متى شاء** ، **أو**) شرط (**خيار فيه** ، **أو تَوْقِيته**) ؛ كما لو قال : وقفته يوماً أو شهراً أو سنة أو نحو ذلك ، (**أو تحويله**) ؛ كما لو قال : وقفت داري على كذا على أن أحولها عن هذه الجهة ، أو عن الوقفية بأن أرجع فيها متى شئت : (**مبطلٌ**) للوقف ؛ لأنه ينافي مقتضاه .

قال في « الإنصاف » : لو شرط في الوقف أن يبيعه أو يهبه أو يرجع فيه متى شاء : بطل الشرط والوقف في أحد الأوجه . وهو الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه في « الفروع » و« شرح الحارثي » و« الفائق » و« الرعايتين » و« الحاوي الصغير » .

قال المصنف في « المغني » : لا نعلم فيه خلافاً .

وقيل : يبطل الشرط دون الوقف . وهو تخريج[1] من البيع ، وما هو ببعيد .

وقال الشيخ تقي الدين : يصح في الكل . نقله عنه في « الفائق » ، ثم قال : لو شرط الخيار في الوقف فسدا . نص عليه وهو المذهب . وخرج فساد الشرط وحده من[2] البيع .

قال الحارثي : وهو أشبه . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

* * *

---

(١) في أ : تخرج .

(٢) في أ و ب : في .

[فصل : فيما لا يشترط للزوم الوقف]

(**فصل . ولا يشترط للزومه**) أي : الوقف (**إخراجه**) أي : الموقوف (**عن يده**) أي : الواقف . نص عليه ؛ لحديث عمر رضي الله تعالى عنه . فإنه نُقل أن وقفه كان بيده إلى أن مات .

ولأن الوقف تبرع يمنع البيع والهبة . فلزم بمجرد اللفظ ؛ كالعتق .

وعنه : بلى ؛ لأنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية . فلم يلزم بمجرد اللفظ ؛ كالهبة .

وأجيب عن ذلك : بأن الهبة تمليك مطلق ، والوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة . فهو بالعتق أشبه . فإلحاقه به أولى .

وعلم مما تقدم أن إخراجه عن يده إذا لم يشترط للزومه فعدم اشتراطه لصحة الوقف من باب أولى .

ومن الأصحاب من حكى الروايتين في اشتراط ذلك لصحة الوقف . وحكاهما الأكثر في اشتراط ذلك للزومه .

قال ابن رجب في القاعدة التاسعة والأربعين : وأما الوقف ففي لزومه بدون إخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان . انتهى .

وعلى القول بالاشتراط فيعتبر تسليمه إلى ناظر يقوم به .

ولو شرط نظره لنفسه . قال في « الفروع » : سلمه ليد غيره ثم ارتجعه نقلاً عن الأصحاب .

قال الحارثي : ولنا التسليم إلى من يُنصِّبه هو . فالمنصوب إما غير ناظر

فوكيل محض يده كيده ، وإما ناظر فالنظر لا يجب شرطه لأجنبي . فالتسليم إلى الغير غير واجب . انتهى .

نقله عنه في « الإنصاف » ، ثم قال : قلت : وهذا هو الصواب . انتهى .

وقال الحارثي أيضاً : وبالجملة فالمساجد والقناطر والآبار ونحوها تكفي التخلية بين الناس وبينها من غير خلاف . والقياس يقتضي التسليم إلى المعين الموقوف عليه إذا قيل بالانتقال إليه ، وإلا فإلى الناظر أو الحاكم. انتهى .

(**ولا**) يشترط (**فيما**) وقف (**على**) شخص (**معين قبوله**) للوقف .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب .

قال في « الكافي » : هذا ظاهر المذهب .

قال الشارح : هذا أولى .

قال الحارثي : هذا أقوى . وقطع به القاضي وابن عقيل .

قال في « الفائق » : لا يشترط في أصح الوجهين . وصححه في « التصحيح » ، وجزم به في « الوجيز » و« المنور » . وقدمه في « المحرر » و« الفروع » .

ووجه ذلك : أن الوقف إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث . فلم يعتبر فيه القبول ؛ كالعتق .

وقيل : بلى ؛ كهبة ووصية .

ورد : بالفرق بينه وبينهما[1] بأن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه .

---

(١) في ب : وبينها .

وقال ابن منجى في « شرحه » بعد تعليل الوجهين : والأشبه أن يبنى ذلك على أن[1] الملك هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا ؟

فإن قيل : بالانتقال ، قيل : باشتراط القبول[2] ، وإلا فلا .

وقال في « الرعايتين » : قلت : إن قلنا هو لله لم يعتبر القبول . وإن قلنا هو للمعين والجمع المحصور اعتبر فيه القبول .

قال الحارثي : وفي ذلك نظر . فإن القبول إن أُنيط بالتمليك فالوقف لا يخلو من تمليك . سواء قيل بالامتناع أو عدمه .

قال[3] الزركشي : والظاهر أن الخلاف على القول بالانتقال . إذ لا نزاع بين الأصحاب : أن الانتقال إلى الموقوف عليه هو المذهب ، مع اختلافهم في المختار هنا . انتهى .

وعلم مما تقدم أن الوقف لو كان على غير معين لا يشترط له القبول من باب أولى . وذكر الناظم احتمالاً أن نائب الإمام يقبله .

(و) على الأول : (**لا يبطل**) الوقف على آدمي معين (**برده**) للوقف . فقبوله ورده وعدمهما سواء في الحكم .

وعلى الثاني : إن لم يقبله أو رده بطل في حقه دون من بعده ؛ لأن المبطل إنما وجد في الأول . فاختص به ، وكان كما لو وقف على من لا يجوز ؛ كالمرتد ، ثم على من يجوز ؛ كالمساكين يصرف في الحال إلى من بعده .

وفيه وجه آخر : أنه إن كان من لا يجوز الوقف عليه يعرف انقراضه كعبده فلان صرف إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض ثم يصرف إلى من بعده .

وعلى القول باشتراط القبول فقال الحارثي : يشترط اتصال القبول

---

(١) ساقط من أ .

(٢) ساقط من أ .

(٣) في ب : وقال .

بالإيجاب[1] . فإن تراخى عنه بطل كما يبطل في البيع والهبة . وعلله . ثم قال : وإذا علم هذا فيتفرع عليه عدم اشتراط القبول من المستحق الثاني والثالث ومن بعد لتراخي استحقاقهم عن الإيجاب . انتهى .

وقال الشيخ تقي الدين : إذا اشترط القبول على المعيَّن فلا ينبغي أن يشترط المجلس . بل يلحق بالوصية والوكالة . فيصح معجلاً ومؤجلاً بالقول والفعل فأخذ ريعه قبول .

وقطع[2] واختار في القاعدة الخامسة والخمسين : أن تصرّف الموقوف عليه المعيّن يقوم مقام القبول بالقول .

(**ويتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة**) من قبل الواقف له نصاً . نقله الجماعة وقطع به أكثر الأصحاب ؛ لأن تعيين الواقف لها صرفٌ عما سواها .

(**فلو سبّل ماء للشرب : لم يجز الوضوء به**) ؛ لأنه لو لم يجب اتباع تعيينه لم يكن له فائدة .

وقيل : يجوز الوضوء مما سُبِّل للشرب .

قال في « الفروع » : فشرب ماء للوضوء يتوجه عليه وأولى .

وقال الآجري : في الفرس الحبيس : لا يعيره ولا يؤجره إلا لنفع الفرس ، ولا ينبغي أن يركبه في حاجة إلا لتأديبه وجمال للمسلمين ورفعة لهم أو غيظة للعدو .

وعنه : يجوز إخراج بسط المسجد وحصره لمن ينتظر الجنازة . وسئل عن التعليم بسهام الغزو فقال : هذا منفعة للمسلمين ، ثم قال : أخاف أن تكسر .

قال في « الإنصاف » : وأما ركوب الدابة لعلفها وسقيها فيجوز . نقله الشالنجي وجزم به في « الفروع » وغيره . انتهى .

وقال الشيخ تقي الدين : يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه .

---

(١) في أ : بالأصحاب .
(٢) ساقط من ب .

وإن اختلف ذلك باختلاف[1] الأزمان . حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد[2] صرف للجند . انتهى .

(و) الوقف إذا كان (**منقطع الابتداء**) فقط ؛ كمن وقف على عبده ثم على ولده ثم على المساكين : (**يصرف في الحال إلى من بعده**) أي : بعد ما هو منقطع منه . فيصرف في الحال إلى ولد الواقف .

(و) يصرف (**منقطع الوسط**) فقط بعد من يجوز الوقف عليه ؛ كمن وقف على ولده ثم على عبده ثم على المساكين (**إلى من بعده**) أي : بعد ما هو منقطع منه . فيصرف بعد موت الولد إلى المساكين ؛ لأن الواقف قصد صيرورة الوقف إلى الوسط أو للآخر في الجملة ولا حالة يمكن انتظارها . فوجب الصرف إليه ؛ لئلا يفوت غرض الواقف ولكيلا تبطل فائدة الصحة .

ولأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه . فيكون كأنه وقف على الجهة الصحيحة من غير ذكر الباطلة .

ولأننا لما صححنا الوقف مع ذكر من لا يجوز الوقف عليه فقد ألغيناه . فإنه يتعذر التصحيح مع اعتباره .

وقيل : إن كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كما مثلنا : صُرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع . إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه . فإذا انقرض صرف إلى من بعده .

وبنى بعض الأصحاب[3] صحة الوقف على تفريق الصفقة . فأجرى وجهاً[4] ببطلانه من أصله .

(و) يصرف الوقف الذي هو منقطع (**الآخر بعد من يجوز الوقف عليه**) ؛

---

(١) في أ : اختلاف .

(٢) في أ : إظهار .

(٣) في أ : أصحابنا .

(٤) في ج : وجهاً واحداً .

كما لو قال : وقفت هذه الدار على زيد ولم يزد على ذلك ، أو قال : وقفتها على زيد ثم على الكنائس .

(**وما وقفه وسكت**) ؛ كما لو قال : وقفت هذه الدار ولم يسم مصرفاً : صحيح ؛ لأن مقتضى الوقف التأبيد . فيحمل على مقتضاه ولا يضر تركه ذكر مصرفه .

ولأن الإطلاق إذا كان له عرف صح وحمل عليه وعرف المصرف هاهنا أولى الجهات به . فكأنَّه عيَّنهم لصرفه .

ويفرق بين هذا[1] وبين ما إذا عين جهة باطلة ؛ كقوله : وقفت على الكنيسة ولم يذكر بعدها جهة صحيحة : بأن الإطلاق في الصورة الأولى يفيد مصرف البر ؛ لخلو اللفظ عن المانع منه . بخلاف الصورة الثانية فإنه عين المصرف الباطل واقتصر عليه .

ويصرف ريعه (**إلى ورثته**) أي : الواقف (**نسباً**) أي : من النسب . فلا يصرف إلى من يرثه بولاء ولا بنكاح[2] . ويكون ريعه موزعاً عليهم (**على قدر إرثهم**) من الواقف . جزم بذلك في « الفروع » وغيره . حال كون ذلك (**وقفاً**) عليهم . فلا يملكون نقل الملك في رقبته . وإنما يستحقون ريعه على سبيل البر ؛ لأن الوقف مصرفه البر وأقاربه الوارثون له أولى الناس ببره ؛ لقوله ﷺ : « إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »[3] .

ولقوله ﷺ : « صدقتك على غير رحمك صدقة . وصدقتك[4] على رحمك صدقة وصلة »[5] .

---

(١) في أ و ب : ذلك .

(٢) في ب : نكاح .

(٣) هذا جزء من حديث سعد . أخرجه البخاري في « صحيحه » (٥٠٣٩) ٥ : ٢٠٤٦ كتاب النفقات . باب النفقة على الأهل .

(٤) في ج : وصدقة .

(٥) أخرجه الترمذي في « جامعه » (٦٥٨) ٣ : ٤٦ كتاب الزكاة . باب ما جاء في الصدقة على ذي القرابة . وأخرجه النسائي في « سننه » (٢٥٨٢) ٥ : ٩٢ كتاب الزكاة . الصدقة على الأقارب .

ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات . فكانوا أولى بصدقته المنقولة .

ولأن ورثته أولى الناس بماله . فسبيل غلة وقفه سبيل ماله ؛ لأنه إنما وقف الأصل دون النماء .

فإذا لم يعين للغلة مصرفاً أو عين مصرفاً لا يجوز صرفها إليه : كانت لورثته ؛ كسائر ماله .

وعنه : يكون وقفاً مصروفاً ريعه إلى أقرب عصبته غنيهم وفقيرهم .

وقيل : يختص به فقراء الورثة والعصبة .

وعنه : أنه للورثة ملكاً .

وعنه : أنه لأقرب العصبة ملكاً .

وعنه : يكون وقفاً مصروفاً ريعه في المصالح .

وعنه : للفقراء .

وعنه : يرجع إلى ملك واقفه الحي .

ونقل حرب : أنه قبل ورثته لورثة الموقوف عليه .

ونقل المروذي : إن وقف على عبيده لم يستقم . قلت : فيعتقهم ؟ قال : جائز . فإن ماتوا ولهم أولاد فلهم ، وإلا فللعصبة . فإن لم تكن بِيع وفرق على الفقراء .

وقال القاضي وأصحابه فيما إذا قال : وقفت هذه الدار ولم يزد على ذلك : أن ريعها يصرف في وجوه البر .

وفي « عيون المسائل » : فيها ، وفي تصدقت به : أنه يكون لجماعة المسلمين .

(و) على الأول وهو كونه يرجع إلى ورثة الواقف وقفاً (**يقع الحَجْبُ بينهم كـ**) وقوعه في (**إرث**) .

قال القاضي : فللبنت مع الابن الثلث وله[1] الباقي . وللأخ من الأم مع الأخ للأب السدس وله ما بقي . وإن كان جد وأخ قاسمه . وإن كان أخ وعم انفرد به الأخ . وإن كان عم وابن عم انفرد به العم .

قال الحارثي : وهذا تخصيص بمن يرث من الأقارب في حال دون حال ، وتفضيل لبعض على بعض . وهو لو وقف على أقاربه لما قالوا فيه بهذا التخصيص والتفضيل . وكذا لو وقف على أولاده أو أولاد زيد لا يفضل فيه الذكر على الأنثى وقد قالوا هنا إنما ينتقل إلى الأقارب وقفاً . نقله عنه في « الإنصاف »، ثم قال : فظاهر كلامه : أنه مال إلى عدم المفاضلة وما هو ببعيد .

(**فإن عُدموا**) بأن لم يكن للواقف وارث (**فللفقراء والمساكين**) وقفاً عليهم . قاله[2] أكثر الأصحاب ؛ لأن القصد بالوقف الثواب الجاري على وجه الدوام .

وإنما قدمنا الأقارب على المساكين ؛ لكونهم أولى . فإذا لم يكونوا فالمساكين أهلٌ لذلك فصرف إليهم .

قال في « المغني » : إلا على قول من قال : إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكاً لهم فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال ؛ لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثاً لا وارث له . فكان بيت المال به أولى . انتهى .

(**ونصه**) أي : الإمام أحمد رضي الله تعالى عنه في رواية ابن إبراهيم وأبي طالب وغيرهما : أنه يصرف (**في مصالح المسلمين**) فيرجع إلى بيت المال .

(**ومتى انقطعت الجهة والواقف حي : رجع إليه وقفاً**) يعني : ومتى قلنا يرجع إلى أقارب الواقف وقفاً وكان الواقف حياً هل يرجع إليه ؟ على روايتين .

قال ابن رجب : حكاهما ابن الزاغوني في « الإقناع » ، وجزم ابن عقيل في

---

(١) في أ : وكذا .

(٢) في أ : قال .

« المفردات » بدخوله . وكذلك لو وقف على أولاده وأنسالهم أبداً على أنه من توفي منهم من غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفي أحد أولاده من[1] غير ولد والأب الواقف حي فهل يعود نصيبه إليه ؛ لكونه أقرب الناس إليه أو[2] لا ؟ يخرج على ما قبلها . والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه . انتهى .

(**ويعمل في**) وقف (**صحيح وسط فقط**) أي : دون الابتداء والآخر ؛ كما لو قال : وقفت داري على عبدي ثم على فلان ثم على الكنائس (**بالإعتبارين**) . فيصرف في الحال إلى فلان ويرجع بعد موته إلى ورثة الواقف وقفاً عليهم .

وفيه وجه مخرج بالبطلان .

(**ويملكه**) أي : الوقف الشخص الذي هو (**موقوف عليه**) .

قال في « الإنصاف » : إنه المذهب بلا ريب ، وأن عليه الأصحاب ، وإنه من المفردات .

وعنه : أنه ملك لواقفه . ذكرها أبو الخطاب والموفق .

وعنه : أنه ملك لله تعالى ؛ كالوقوف على المساجد ونحوها .

ووجه المذهب : أن الوقف سبب نقل الملك عن الواقف[3] ولم يخرج عن المالية إلى من يصح تملكه . فوجب أن ينتقل الملك إليه ؛ كالهبة والبيع .

ولأن الوقف لو كان تمليك للمنفعة المجردة لما كان لازماً ؛ كالعارية والسكنى ، ولما زال ملك الواقف عنه ؛ كالعارية .

ويفارق العتق فإنه يخرج المعتوق عن المالية . وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع وجود الملك ؛ كأم الولد .

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة . فمنها :

---

(١) في أ و ب : عن .
(٢) في أ و ب : أم .
(٣) في ج : الوقف .

* إذا لم يعين الواقف ناظراً : فإن قلنا إنه ملك للموقوف عليه المعين (**فينظر فيه هو**) إن كان رشيداً ، (**أو وليه**) إن كان محجوراً عليه .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين .

وإن قيل : إنه ملك لواقفه كان النظر له .

قال الزركشي : وإن قيل : إنه ملك لله تعالى كان النظر فيه للحاكم .

قال ابن رجب : وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم ـ يعني : مطلقاً ـ وهو قول ابن أبي موسى .

قال الحارثي : وعندي أن هذا لا يختص بالقول بانتفاء ملك الموقوف عليه بل ينظر فيه الحاكم وإن قلنا : ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعده . انتهى .

* ومنها : لو كان الموقوف أرضاً على معين (و) قلنا : إنه يملك الوقف فغصبها إنسان وزرعها وأدركها من وُقفت عليه والزرع قائم : فإنه (**يتملك زرع غاصب**) إن شاء .

وإن قيل بعدم ملكه له كان كالمستأجر والموصى له بمنفعة الأرض .

* ومنها : لو كان الموقوف آدمياً وجنى جناية موجبة للأرش خطأ ، (و) قلنا إن الموقوف عليه المعين يملكه : فإنه (**يلزمه أرش خطئه**) ؛ كما يلزم سيد أم الولد أرش جنايتها . فلا يكون عليه أكثر من قيمته .

وإن قيل : إنه ملك لواقفه : قال في « الإنصاف » : فيحتمل أن يجب على الواقف ، ويحتمل أن يجب في كسبه . قاله[1] الزركشي من عنده .

وقال الحارثي بعد أن حكى الوجهين فيما إذا قيل إنه ملك لله تعالى : هل يكون أرش جنايته في كسبه أو في بيت المال ؟ ولهم وجه ثالث وهو الوجوب على الواقف . قال : وفيه بحث . انتهى .

قال ابن رجب : وفيه وجه لا يلزم الموقوف عليه الأرش على القولين .

---

(١) في أ : قال .

أي : سواء قلنا إنه ملك للموقوف عليه أو لله تعالى ؛ لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره . إذ لا قدرة له على التسليم بحال . انتهى .

وإن جنى الموقوف على[1] غير معين ؛ كالعبد الموقوف على خدمة المرضى ونحوه . فقال في « المغني » : ينبغي أن يكون الأرش في كسبه ؛ لأنه ليس له مستحق يمكن إيجاب الأرش عليه . ولا يمكن تعليقها[2] برقبته فتعين في كسبه . قال : ويحتمل أن تجب في بيت المال . انتهى .

* ومنها إذا كان الموقوف رقيقاً (و) قلنا إنه ملك للموقوف عليه المعين : فإنه تلزمه (**فطرته**) .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح .

وقيل : لا .

وأما إذا اشترى عبداً من غلة الوقف لخدمة الوقف فإن الفطرة تجب قولاً واحداً لتمام التصرف فيه . قاله أبو المعالي . انتهى .

* ومنها : لو كان الموقوف إبلاً أو بقراً أو غنماً تجب فيه الزكاة (و) قلنا : إن الوقف ملك للموقوف عليه المعين وحال عليه الحول : فإنه تلزمه (**زكاته**) .

قال في « الإنصاف » : وعلى ظاهر كلام أحمد واختيار القاضي في « التعليق » والمجد وغيرهما وقدمه الزركشي .

قال الناظم : ولكن ليخرج من سواها ويمدد .

قلت : فيعايى بها .

وقيل : لا تجب الزكاة مطلقاً ؛ لضعف الملك . اختاره صاحب « التلخيص » وغيره . وقاله القاضي وابن عقيل .

فأما الشجر الموقوف فيجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً ؛ لأن ثمرته للموقوف عليه . قاله في « الفوائد » .

---

(١) في أ : عليه .

(٢) في ب : تعلقها .

وقال الشيرازي : لا زكاة فيه مطلقاً ، ونقله غيره رواية . انتهى .

* ومنها : لو سُرق الوقف أو نماؤه وهو على معين (و) قلنا يملكه : فإنه (**يقطع سارقه**) ، وإن قلنا : إنه ملك لله تعالى لم يقطع .

وقيل : بلى .

قال في « الفروع » : وإن سرقه أو نماءه فإن مَلَكَه المعين قطع ، وإلا فلا في الأصح فيهما . لا بوقف على غير معين . انتهى .

* ومنها : لو كان الموقوف حيواناً ولم يعين الواقف محلاً لنفقته ولم تكن له غلة : فإنها تلزم الموقوف عليه المعين .

وسيأتي الكلام على ذلك مفصلاً في المتن بعد نحو ورقة(1) . وإنما نبهت عليها هاهنا ؛ لئلا يتوهم نسيانها ، وليعلم أنها من فوائد الخلاف .

* (و) منها أنه (**لا**) يجوز للموقوف عليه إذا كان رجلاً معيناً أنه (**يتزوج**) أمة (**موقوفة عليه**) إن قلنا : إن الملك فيها له ، ويجوز إن قيل : إن الملك فيها للواقف أو لله تعالى .

قال في « القواعد » : هذا البناء ذكره في « التلخيص » وغيره . قال : وفيه نظر فإنه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له . انتهى .

قال الحارثي : فعلى الأول لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح ؛ لوجود الملك . انتهى .

(و) مع ذلك فإن الموقوف عليه الأمة ولو كان معيناً (**لا**) يحل له أنه (**يطأها**) ؛ لأن ملكه لها ناقص . ولا يؤمن حبلها فتنقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بأن تصير أم ولد .

* (و) منها أن المعين الموقوفة عليه الأمة (**له تزويجها**) : إن قلنا الملك له : (**إن لم يشرط**) ذلك أي : يشرطه الواقف (**لغيره**) .

---

(1) ص (224) .

قال ابن رجب : وإن قيل : هي ملك لله تعالى فالولاية للحاكم فيزوجها بإذن الموقوف عليه ، وإن قيل : هي ملك للواقف فهو الولي . انتهى .

واشترط الزركشي فيما إذا زوجها الواقف أيضاً إذن الموقوف عليه .

قال في « الإنصاف » : قلت : هو مراد من لم يذكره قطعاً . وقد طرده الحارثي في الواقف والناظر إذا قيل بولايتهما .

وقيل : لا يجوز تزويجها بحال ، إلا إذا طلبته . وهو وجه في « المغني » .

قال في « الرعاية » : ويحتمل منع تزويجها إن لم تطلبه . انتهى .

(و) للموقوف عليه الأمة (**أخذ مهرها ولو**) كان المهر (**لوطء شبهة**) ؛ لأنه بدل المنفعة . وهو يستحقها ؛ كالأجرة والصوف واللبن والثمرة .

(**وولدها**) أي : الموقوف (من) وطء (**شبهة حر**) ؛ لاعتقاد الواطىء الإباحة ، وإن كان الواطىء رقيقاً .

(**وعلى واطىء قيمته**) أي : الولد ؛ لأن رقه فات بسببٍ من جهته . وتعتبر القيمة يوم وضعه حياً .

و (**تصرف**) القيمة المأخوذة (**في**) شراء (**مثله**) يكون وقفاً مع الموطوءة .

(**و**) ولدها (**من زوج أو زناً : وقفٌ**) معها ؛ لأن ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد . والكسب ما لم يعرض لذلك ما يمنعه كالشبهة واشتراط زوج الأمة على سيدها عند تزويجها حرية ولدها ونحوهما .

* ومنها لو كان الوقف أمةً على معين (و) قلنا بملكه[1] الوقف فوطئها فإنه (**لا حد ولا مهر**) عليه (**بوطئه**) . قد تقدم أنه لا يحل للإنسان وطء الأمة الموقوفة عليه ؛ لأن ملكه ناقص لكنه لا حد عليه للشبهة . ولا يجب عليه بوطئه مهر ؛ لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب للإنسان شيء على نفسه .

(**وولده حر**) للشبهة (**وعليه قيمته**) أي : الولد يوم وضعه ؛ لأنه فوّت رقه

---

(١) في ج : بملك .

على من يؤول الوقف إليه بعده . (**تُصرف في مثله**) ؛ لأنها بدل عن الوقف . فوجب أن ترد في مثله .

(**وتعتق**) المستولدة ممن هي وقف عليه (**بموته**) ؛ لأنها ولدت من مالكها فصارت أم ولد . (**وتجب قيمتها في تركته**) ؛ لأنه أتلفها على من بعده من البطون (**يشترى بها**) أي : بقيمتها الواجبة باستيلادها (**وبقيمة وجبت بتلفها أو**) بتلف (**بعضها** : **مثلها**) يكون وقفاً مكانها في صورة ما إذا فاتت كلها ، (**أو**) يشترى بقيمة بعضها الفائت (**شقص**) من أمة (**يصير**) ما اشتري[1] بجميع القيمة أو بعضها (**وقفًا بالشراء**) ؛ لينجبر على البطن الثاني ما فاتهم .

وقيل : مصروفة للبطن الثاني إن تلقي الوقف من واقفه .

قال في « الفروع » : فدل على خلاف . والمذهب : أنه ولو قلنا ذلك لا تصرف إلى البطن الثاني . والله أعلم .

وإن قيل أن الموقوف عليه المعين لا يملك الوقف لم تصر أم ولد باستيلاده إياها ؛ لأنها غير مملوكة له .

(**ولا يصح عتق**) رقيق (**موقوف**) بحال ؛ لأنه تعلق به حق من يؤول الوقف إليه .

ولأن الوقف عقد لازم لا يملك إبطاله . وفي القول بنفوذ عتقه إبطال له .

وإن كان بعضه غير موقوف فأعتقه مالكه صح فيه ، ولم يسر إلى البعض الموقوف ؛ لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة . فلئلا يعتق بالسراية من باب أولى .

(**وإن قُطع**) بالبناء للمفعول جزء من الرقيق الموقوف عدواناً : (**فله**) أي : فللرقيق (**القود**) ؛ لأنه لا يشاركه فيه غيره .

(**وإن عفا**) الرقيق المقطوع عن القود أو كان القطع لا يوجب قوداً : (**فـ**) إنه يؤخذ (**أرشه**) من الجاني يصرف (**في مثله**) أي : مثل المجني عليه إن

---

(١) في ج : يشتري .

أمكن . وإلا اشتري به شقص من رقيق مثله ؛ لأن الأرش بدل عن بعض الوقف . فوجب أن يرد في مثله .

(**وإن قتل**) الرقيق الموقوف (**ولو**) مع كون الجناية عليه (**عمداً**) محضاً في[1] مكافىء له : (**فـ**) الواجب بذلك (**قيمته**) دون القصاص ؛ لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه . فلم يجز أن يقتص من قاتله ؛ كالعبد المشترك .

قال في « المغني » عن هذا : إنه الظاهر . ولم يذكر غيره . وكذا قال في « الفروع » . ولم يعزه إلى أحد .

قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : وتحرير قوله في « المغني » : أن العبد الموقوف مشترك بين الملاك ومن شرط استيفاء القصاص مطالبة كل الشركاء وهو متعذر ، قال : وفيه بحث وذكره . ومال إلى وجوب القصاص . انتهى .

(**ولا يصح عفو عنها**) أي : عن قيمة المقتول من قبل الموقوف عليه ولو قلنا إنه يملك ؛ لأن ملكه لا يختص به . فلم يختص ببدله ؛ كالعبد المشترك .

وبيان عدم الاختصاص : أن[2] حق البطن الثاني متعلق به تعلقاً لا يجوز إبطاله . ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فيعفو عنه . فلم يصح العفو عن شيء منه ؛ كما لو أتلف إنسان رهناً فإنه تؤخذ منه قيمته فتجعل رهناً مكانه . ولا يصح عفو واحد منهما عنها .

أما الراهن ؛ فلتعلق حق المرتهن بذلك .

وأما المرتهن ؛ فلأنه ليس ملكه .

(**و**) إن قُتل الرقيقُ الموقوف (**قوداً**) بأن قتل مكافئاً له عمداً فقتله ولي المقتول قصاصاً : (**بطل الوقف**) ؛ كما لو مات حتف أنفه ،

(**لا إن قُطع**) عضو منه قصاصاً فإن الوقف باق فيما لم يقطع ؛ كما لو تلف عضو منه بفعل الله تعالى .

---

(١) في أ و ب : من .
(٢) في أ : إلى .

(**ويتلقاه**) أي : يتلقى الموقوف عليهم الوقف (**كل بطن**) منهم (**عن واقفه**) .

أما البطن الأول . فبلا خلاف .

وأما البطن التي بعده . ففيه وجهان .

قال في « الفائق » : وهل يتلقى البطن الثاني الوقف من البطن الذي قبله أو من الواقف ؟ فيه وجهان . انتهى .

والمذهب : أن ما عدا البطن الأول من البطون يتلقونه من واقفه لا من البطن الذي قبله . قاله القاضي في « المجرد » وابن عقيل في « الفصول » والموفق في « المغني » وابن رجب في « القواعد الفقهية » . وصححه الطوفي في « قواعده » ؛ لأن الوقف صار[1] على جميع أهل الوقف من حينه . فمن وقف شيئاً على أولاده ثم أولادهم ثم أولاد أولادهم ما تناسلوا كان الوقف على جميع نسله . إلا أن استحقاق كل طبقة مشروط بانقراض من فوقها .

(**فـ**) على هذا : (**إذا امتنع البطن الأول**) حال استحقاقهم (**من اليمين مع شاهد**) لهم بالوقف ؛ (**لثبوت الوقف : فلمن بعدهم**) من البطون ممن لم يؤول إليه الوقف إذن (**الحلف**) مع الشاهد لثبوت الوقف ؛ لأنهم من جملة الموقوف عليهم .

(**وأرش جناية وقف**) أي : رقيق موقوف (**على غير معين**) ؛ كالمساكين ، حال كون الجناية (**خطأً : في كسبه**) أي : كسب الموقوف الجاني خطأً ؛ لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه . ولتعذر تعلقه برقبته ؛ لكونه لا يمكن بيعه .

وقيل : أرش جنايته في بيت المال كأرش جناية الحر المعسر . وضعفه في « المغني » بأن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها . وجناية العبد لا تحملها العاقلة .

***

---

(١) في أ و ب : صادر .

[فصل : في الرجوع إلى شرط الواقف]

(**فصل . ويُرجع**) بالبناء للمفعول عند التنازع في شيء من أمر الوقف (**إلى شرط واقف**)؛ كقوله: شرطت لزيد كذا ولعمرو كذا؛ « لأن عمر رضي الله تعالى عنه شرط في وقفه شروطاً » . فلو لم يجب اتباعها لم يكن في اشتراطها فائدة .

ولأن ابتداء الوقف مفوَّض إلى واقفه فاتبع شرطه .

(**ومثلـه**) أي : مثل الشرط الصحيح في حكم وجوب الرجوع إليه (**استثناء**) .

قال في « الإنصاف » : والاستثناء كالشرط ، على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : لا . انتهى .

فلو وقف شيئاً على جماعة ؛ كأولاده أو إخوته أو قبيلة واستثنى إنساناً منهم لم يكن له شيء .

(و) مثل الشرط أيضاً (**مخصص من صفة**) ؛ كما لو وقف شيئاً على الفقهاء أو المساكين أو قبيلة فإنه يختص بهم فلا يشاركهم من سواهم . وإلا لما كان لتخصيصه فائدة .

(و) مثل الشرط في حكم الرجوع إليه مخصص من (**عطف بيان**) ؛ لأنه مشبه للصفة في إيضاح متبوعه وعدم استقلاله .

فمن وقف على ولده أبي محمد بن عبد الله وفي أولاده من كنيته أبو محمد غيره اختص به عبد الله .

(و) مثله في الحكم أيضاً مخصص من (**توكيد**) ؛ كما لو وقف على أولاد زيد نفسه . فإنه لا يدخل أولاد أولاده .

وكذا مخصص من (**بدل**) ؛ كمن له أربعة أولاد ، وقال : وقفت هذا على ولدي فلان وفلان وفلان ، وعلى أولاد أولادي : فإن الوقف يكون على الثلاثة وأولاد الأربعة ؛ لأنه أبدل بعض الولد وهو فلان وفلان وفلان من اللفظ المتناول للجميع وهو ولدي فاختص بالبعض المبدل وهو فلان وفلان وفلان ؛ كما لو قال : على ولدي فلان . وذلك لأن بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به ؛ كقول الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾ [آل عمران : ٩٧] لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به . ولو قال : ضربت زيداً رأسه ، أو رأيت زيداً وجهه : اختص الضرب بالرأس ، والرؤية بالوجه .

قال في « المغني »: ومنه قوله تعالى: ﴿ وَيَجْعَلَ ٱلْخَبِيثَ بَعْضَهُۥ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾ [الأنفال : ٣٧] . وقول القائل : طرحت الثياب بعضها فوق بعض . فإن الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الأول . كذا هاهنا .

وخالف القاضي فقال بدخول من لم يسم . واحتج بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع . وقوله : فلان وفلان وفلان تأكيد لبعضهم . فلا يوجب إخراج بقيتهم ؛ كالعطف في قوله : ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾ [البقرة : ٩٨] . ورده في « المغني » بأن عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه . انتهى .

ولو قال : وقفت على ولدي فلان وفلان ثم الفقراء لا يشمل ولد ولده . وقيل : بلى .

(و) مثل ما تقدم في الحكم مُخصِّص من (**نحوه**) ؛ كتقديم الخبر ؛ مثل أن يقول واقف داره على أولاده : والساكن منهم عند حاجته بلا أجرة فلان .

(و) كذا مُخصِّص من (**جار**) ومجرور (**نحو على أنه ، وبشرط أنه ، ونحوه**) ؛ كقوله : لكن إن كان كذا فكذا .

(**فلو تعقب**) الشرط (**جملاً عاد إلى الكل**) .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . وقد ذكر المصنف في « المغني » وجهين في قوله : أنت حرام ، ووالله لا أكلمك إن شاء الله . انتهى .

(**وفي عدم إيجاره**) أي : الوقف . وهذا الجار متعلق بقوله يرجع المذكور في أول الفصل ، (**أو قدر مدته**) أي : الإيجار يعني : أن الواقف لو شرط أن لا يؤجر الوقف أبداً أو شرط أن لا يؤجر إلا مدة كذا رجع إلى شرطه .

(**و**) يجب الرجوع أيضاً إلى شرط الواقف (**في قسمته**) أي : الوقف فلو وقف على أولاده وشرط لأحدهم النصف ولآخر الثلث ولآخر السدس ونحو ذلك : اتبع شرطه . وقال في « الفروع » بعد أن قدم الرجوع إلى شرط الواقف مطلقاً : واختار شيخنا لزوم العمل بشرط مستحب خاصة . وذكره ظاهر المذهب ؛ لأنه لا ينفعه ويعزِّر عليه . فبذل المال فيه سفه ولا يجوز .

ثم قال : وقال شيخنا : ومن قدّر له الواقف شيئاً فله أكثر إن استحقه بموجب الشرع . وقال : الشرط المكروه باطل اتفاقاً .

ثم قال : قال شيخنا : قول الفقهاء : نصوصه كنصوص الشارع : يعني : في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل . مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أو لا .

وقال : ولا خلاف أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعي ونحوه : لم يصح . والخلاف في المباح ؛ كما لو وقف على الأغنياء . لا يُخَرّج مثله هنا ؛ لأنه يفعل ؛ لأنه مباح . ولا يجوز اعتقاد غير المشروع مشروعاً وقربة وطاعة واتخاذه ديناً . والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم يفض ذلك إلى الإخلال بالمقصود الشرعي . ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود بها . قال : ومن شَرَطَ في القربات أن يقدم فيها الصنف المفضول فقد شرط خلاف شرط الله ؛ كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلم . فكيف إذا شرط أن يختص بالصنف المفضول . انتهى .

(**و**) يرجع إلى شرط الواقف أيضاً على المذهب في (**تقديم بعض أهله**) أي[1] : أهل الوقف ؛ (كـ) وقفت هذا (**على زيد وعمرو وبكر . ويُبدأ بالدفع**

---

(١) في أ : إلى .

إلى زيد . أو) وقفت (**على طائفة كذا ، ويُبدأ بالأصلح ، ونحوه**) ؛ كيُبدأ بالأفقه أو الأدين أو المريض أو الفقير .

(و) يُرجع إليه أيضاً في (**تأخير عكسه**) يعني : أن التأخير عكس التقديم ؛ كقوله : وقفت على أولادي يعطى منهم أولا ما سوى فلان كذا ، ثم ما فضل لفلان . فلا يكون لفلان[1] المؤخر إلا ما فضل ، وإن لم يفضل شيء سقط .

(و) يُرجع إلى شرطه أيضاً في (**ترتيب ؛ كجعلِ استحقاق بطن مرتباً على آخر**) ؛ مثل : أن يقف على أولاده ثم أولادهم .

(**فالتقديمُ : بقاء الاستحقاق للمؤخَّر ، على صفة : أن له ما فضل . وإلا**) أي : وإن لم يفضل شيء (**سقط . والترتيبُ : عدمه**) أي : عدم الاستحقاق (**مع وجود المقدَّم**) .

ويُرجع إلى شرطه أيضاً في جمع وتسوية . فلو قال : وقفت هذا على جميع أولادي يقسم ريعه بينهم بالسوية : عُمل به . وتركت ذكر ذلك لظهوره فإنه لو لم يقل : سوى وقفته على أولادي قسم على جميعهم بالسوية بينهم .

(و) يرجع إلى[2] شرطه أيضاً في (**إخراج من شاء من أهل الوقف**) مطلقاً (**أو بصفة**) ؛ كوقفت هذا على بناتي . ومن تزوجت منهن[3] سقط حقها .

(**وإدخال من شاء منهم**) أي : من أهل الوقف مطلقاً ؛ كوقفت هذا على أولادي أخرج من أشاء منهم وأدخل من أشاء منهم .

(**أو بصفة**) ؛ كوقفت هذا على أولادي يصرف ريعه الآن للفقراء[4] منهم مع من افتقر بعد الآن .

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في أ : على .
(٣) في أ : منهم .
(٤) في أ : إلى الفقراء .

و (**لا**) يجوز شرط (**إدخال من شاء من غيرهم**) أي : غير أهل الوقف (**كشرطه تغيير شرط**) . وعبارته في « التنقيح » كما في المتن . وظاهرها : أن الحكم فيما إذا شرط ذلك لنفسه أو لغيره واحد لا يختلف .

وقال في « الإنصاف »: ظاهر قوله ـ يعني : صاحب « المقنع » ـ : وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة : أن الواقف لو شرط للناظر إخراج من شاء بصفة من أهل الوقف وإدخال غيره بصفة منهم : جاز ؛ لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما علق الاستحقاق بصفة فكأنه جعل له حقاً في الوقف إذا اتصف بإرادة الناظر ليعطيه ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه .

وإن شرط له أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم : لم يصح ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده ؛ كما لو شرط أن لا يُنتفع به . قال ذلك المصنف ومن تابعه . انتهى .

وعبارته في « الفروع » : وإن شرط للناظر إخراج من شاء منهم وإدخال من شاء من غيرهم : بطل لمنافاته مقتضاه . انتهى .

فتحرر أن المسألة مفروضة في « الفروع » و« الإنصاف » فيما شرط ذلك للناظر . وكلامه في « التنقيح » أعم . ويؤيد ما في « التنقيح » تعليلهم للحكم . فلهذا تبعته في العبارة . والله أعلم .

وفرّق الموفق بين هذه المسألة وبين مسألة إدخال من شاء منهم في الحكم . وهو المعتمد . فإن هذه المسألة تعليق لمنع الاستحقاق أو للاستحقاق على صفة هي مشيئته أو غيرها ؛ كما لو وقفه ابتداء على المشتغلين من ولده فإنه يستحقه المشتغل دون غيره . فمن ترك الاشتغال زال استحقاقه فإن عاد إليه عاد استحقاقه . ذكره في « المغني » و« الشرح » .

قال في « الفروع » : وقال الحارثي : الفرق لا يتجه .

وقال شيخنا : كل متصرف بولاية إذا قيل يفعل ما يشاء[1] فإنما هو لمصلحة

---

(١) في أ : شاء .

شرعية ، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه أو ما[1] يراه مطلقاً : فشرط باطل لمخالفته الشرع . وغايته أن يكون شرطاً مباحاً . وهو باطل على الصحيح المشهور . حتى لو تساوا فعلان عمل بالقرعة . وإذا قيل هنا بالتخيير فله وجه . انتهى .

(**و**) يُرجع إلى شرط واقف (**في ناظره**) أي : الوقف ؛ « لأن عمر جعل وقفه إلى بنته حفصة رضي الله تعالى عنها . ثم يليه ذوي الرأي من أهلها »[2] .

ولأن مصرف الوقف يُتّبع فيه شرط واقفه . فكذا في نظره .

(**و**) في (**إنفاق عليه**) إذا خرب أو إذا كان حيواناً بأن يقول : يعمر أو ينفق عليه من جهة كذا .

(**و**) في (**سائر**) أي : باقي (**أحواله**) ؛ لأنه ثبت بوقفه . فوجب أن يتبع فيه شرطه ؛ وذلك (**كـ**) ما لو شرط : (**أن لا ينزل فيه فاسق ، ولا شرير ، ولا مُتَجَوِّه ، ونحوه**) ؛ كأن لا ينزل فيه من يرى بخلق القرآن فإنه يعمل بذلك .

قال في « الفروع » : وإلا توجه أن لا يعتبر في فقهاء ونحوهم . انتهى .

(**و**) على اعتباره بالرجوع إلى تخصيص الواقف : (**إن خصص مقبرة أو رباطاً أو مدرسة أو إمامتها ، بأهل مذهب ، أو**) بأهل (**بلد ، أو**) بـ (**قبيلة : تخصَّصت**) بهم .

قال في « الإنصاف » : لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو بلد أو قبيلة تخصصت . وكذلك الرباط والخانقاه والمقبرة كذلك . وهذا المذهب ، جزم به في « التلخيص » وغيره وصححه الحارثي وغيره .

قال الحارثي : وذكر بعض شيوخنا في كتابه احتمالاً بعدم الاختصاص .

---

(١) في أ : يفعل ما يهواه أو كما .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٨٧٨) ٣ : ١١٦ كتاب الوصايا . باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف .

(**لا المصلين بها**) يعني : لو خصص واقف المدرسة المصلين بها بذي مذهب بأن قال : ليصلي فيها الحنابلة أو الحنفية أو المالكية أو الشافعية فقط : لم تتخصص بأهل ذلك المذهب على الصحيح من الوجهين .

قال في « الإنصاف » : وإن خصص المصلين فيه ـ يعني : المسجد ـ بمذهب فقال في « التلخيص » : يختص بهم على الأشبه ؛ لاختلاف المذاهب في أحكام الصلاة .

قال الحارثي : وقال غير صاحب « التلخيص » من[1] متأخري الأصحاب : يحتمل وجهين . وقوى الحارثي عدم الاختصاص قلت : وهو الصواب .

قال في « الفائق » : قلت : واختار ابن هبيرة عدم الاختصاص في المسجد بمذهب في الإمام .

قال في « الفروع » : وقيل : لا تتعين طائفة وقف عليها مسجداً ومقبرة ؛ كالصلاة فيه .

وقال أبو الخطاب : يحتمل إن عين[2] من يصلي فيه من أهل الحديث أو يدرس العلم : اختص . وإن سلم فلأنه لا يقع التزاحم بإشاعته . ولو وقع فهل هو أفضل ؛ لأن الجماعة تراد له . انتهى .

(**ولا الإمامة**) أي : لا تتخصص (**بذي مذهب مخالف لظاهر السنة**) .

قال في « الإنصاف » : وأما المسجد فإن عين لإمامته شخصاً تعين ، وإن خصص الإمامة بمذهب تخصصت به . ما لم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة أو ظاهرها . سواء كان لعدم الاطلاع أو لتأويل ضعيف . انتهى .

ولو وجد في كتاب وقف : أن رجلاً وقف على فلان وعلى بني بنيه .

---

(١) في أ : في .
(٢) في أ : أن يعين .

واشتبه : هل المراد بني بنيه جمع ابن أو بني بنت[1] واحدة البنات ؟ فقال ابن عقيل في « الفنون » يكون بينهما عندنا ؛ لتساويهما كما في تعارض البينات .

قال الشيخ تقي الدين : ليس هذا من تعارض البينتين . بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة . ولو كان مِن تعارض البينتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة . وإلا فالصحيح إما التساقط وإما القرعة . فيحتمل أن يقرع هنا ، ويحتمل أن يرجح بنو البنين ؛ لأن العادة أن الإنسان إذا وقف على ولد بنيه لا يخص منهما الذكور[2] بل يعم أولادهما . بخلاف الوقف على ولد الذكور فإنه يخص ذكورهم كثيراً كآبائهم .

ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها باسمها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته . قال : وهذا أقرب إلى الصواب . نقله عنه في « الإنصاف » .

ونقل عنه أيضاً : أنه أفتى فيمن وقف على أحد أولاده وله عدد أولاد وجهل اسمه أنه يميز بالقرعة .

(**ولو جهل شرطه**) أي : الواقف ؛ كما لو قامت بينة بالوقف دون شروطه : (**عُمل بعادة جارية ، ثم عُرْفٌ**) ؛ لأن العادة المستمرة من العرف المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظ الاستفاضة . قاله الشيخ تقي الدين .

(**ثم**) إن لم تكن عادة ولا عرف ببلد الواقف ؛ كما لو كان ببادية ليس لها عادة ولا عرف : (**التساوي**) أن يساوي فيه بين المستحقين ؛ لأن الشركة ثبتت ولم يثبت التفضيل . فوجبت التسوية .

وقيل : يسوى بينهم مطلقاً . ذكره في « الكافي » من غير قيد .

(**فإن لم يشترط**) الواقف (**ناظراً**) على الموقوف أو شرطه لمعين فمات : (**فـ**) نظره (**للموقوف عليه المحصور كل**) منهم ينظر (**على حصته**) ؛

---

(١) في ب : بنته .
(٢) في أ : الذكر .

كالملك المطلق المشترك . سواء كان عدلاً أو فاسقاً ؛ لأنه ملكه وغلته له .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين حفظاً لأصل الوقف عن الضياع .

وإن كان الموقوف عليه محجوراً عليه لصغر أو سفه قام وليه مقامه .

(**وغيره**) أي : غير الوقف على المحصور ؛ (**كـ**) الموقوف (**على مسجد ، ونحوه**) ؛ كعلى الفقراء : فنظره (**لحاكم**) يلي بلد الموقوف ؛ لأنه ليس له مالك معين .

وقيل : أن النظر مع عدم تعيينه لأحد أو عدم من عينه : للحاكم مطلقاً . والمراد حاكم بلد الموقوف .

ووجه كونه للحاكم مع عدم المعين ؛ لأنه يتعلق به حق الموجودين وحق من يأتي من البطون . وبناه الموفق[1] ومن تبعه على الملك وعدمه . فإن قلنا : الملك للموقوف عليه فالنظر له ، وإن قلنا : لله تعالى فالحاكم يتولاه ؛ لأنه ليس له مالك معين . وللحاكم أن يستنيب فيه .

(**ومَن**) من الواقفين (**أطلق النظر للحاكم**) ؛ لعدم تقييده بكونه شافعياً أو حنفياً أو مالكياً أو حنبلياً : (**شمل**) لفظ الحاكم أي حاكم كان . (**سواء أكان مذهبه**) أي : الحاكم الذي شمله اللفظ (**مذهب حاكم البلد زمن الواقف ، أم لا**) . وإلا لم يكن له نظر إذا انفرد . وهو باطل اتفاقاً . قاله الشيخ تقي الدين واقتصر عليه في « الفروع » .

قال في « الإنصاف »: وقد أفتى الشيخ نصر الله الحنبلي والشيخ برهان الدين ولد صاحب « الفروع » في وقف شرط واقفه : أن النظر فيه لحاكم المسلمين كائناً من كان : بأن الحكام إذا تعددوا يكون النظر فيه للسلطان . يوليه من شاء للمتأهلين لذلك .

ووافق على ذلك القاضي سراج الدين البلقيني ، وشهاب الدين الباعوني ، وابن الهائم ، والتفهني الحنفي ، والبساطي المالكي .

---

(١) في أ : الموقوف .

وقال القاضي نجم الدين ابن حجر نقلاً وموافقة للمتأخرين : إن كان صادراً من الواقف قبل حدوث القضاة الثلاثة . فالمراد : الشافعي ، وإلا فهو الشافعي أيضاً على الراجح . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

(**ولو فوَّضه**) أي : النظر (**حاكم**) لإنسان : (**لم يجز لـ**) حاكم (**آخر نقضه**) ، جزم به في « الفروع » و« الإنصاف » .

قلت : ولعل وجهه : أن الأصحاب قاسوا التفويض على حكم الحاكم قبله . والله أعلم .

(**ولو ولّى كل منهما**) أي : من الحاكمين[1] (**النظر شخصاً**) وتنازعاه الشخصان : (**قَدَّم وليِّ الأمر**) وهو السلطان من الشخصين (**أحقهما**) به . قطع به في « الفروع » و« الإنصاف » .

أما كون النظر لا يتجاوز به إلى غيرهما ؛ فلتعلق حق كل منهما به .

وأما كونه يقدم الأحق منهما به ولا يشتركان ؛ لأن كلاً منهما إنما وُلِّيَ لينظر فيه على انفراده . فكان أحقهما أولى بذلك .

واختار الشيخ تقي الدين : أنه لا يجوز لواقف شرط النظر لذي مذهب معين دائماً .

وقال أيضاً : ومن وقف على مدرس وفقهاء فللناظر ثم الحاكم تقدير أعطيتهم فلو زاد النماء فهو لهم . والحكم بتقديم مدرس أو غيره باطل لم نعلم أحداً يعتد به قال به ولا بما يشبهه ولو نفذه حاكم[2] ؛ لأنه إنما يجوز أن ينفذ حكم من هو أهل . لحكمه مساغ . والضرورة وإن ألجأت إلى تنفيذ حكم المقلد فإنما هو إذا وقف على حد التقليد ولم يتجاسر على قضية لو نزلت على عمر لجمع لها أهل الشورى . وبطلانه لمخالفته مقتضى الشرط والعرف أيضاً ؛ لأنه لا يقصد .

---

(١) في أ و ب : حاكمين .

(٢) في أ و ب : حكام .

ولأنه حكم في غير محل ولاية الحكم ؛ لأن النماء لم يخلق . وليس هذا كحكمه أن مقتضى شرط الواقف كذا حيث ينفذ في حاضر ومستقبل ؛ لأن ذاك نظر في موجب عقد الوقف . وليس تقدير الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم بحيث لا يجوز له ولا لغيره زيادته ونقصه للمصلحة .

وإن قيل : إن المدرس لا يزاد ولا ينقص بزيادة النماء ونقصه كان باطلاً ؛ لأنه لهم . والقياس أنه يسوى بينهم ولو تفاوتوا في المنفعة كالإمام والجيش في المغنم . لا سيما عند من يسوي في قَسم الفيء . لكن دل العرف على التفضيل .

وإنما قدم القيم ونحوه ؛ لأن ما يأخذه أجرة . ولهذا يحرم أخذه فوق أجرة مثله بلا شرط . وجعل الإمام والمؤذن كالقيم . بخلاف المدرس والمعيد والفقهاء فإنهم من جنس واحد .

قال في « الفروع » : وذكر بعضهم في مدرس وفقهاء ومتفقهة وإمام وقيم ونحو ذلك يقسم بينهم بالسوية . ويتوجه روايتا عامل زكاة : الثمن أو الأجرة . وقال : قال شيخنا : ولو عطل مغل وقف مسجد سَنة تقسطت المستقبلة عليها وعلى السنة الأخرى لتقوم الوظيفة فيهما . فإنه خيرٌ من التعطيل . ولا ينقص الإمام بسبب تعطل الزرع بعض العام . فقد أدخل مغل سنة في سنة . وأفتى غير واحد منا في زمننا فيما نقص عما قدَّره الواقف كل شهر أنه يتمم مما بعد . وحكم به بعضهم بعد سنين . ورأيت غير واحد لا يراه .

قال شيخنا : ومن لم يقم بوظيفته غيِّره من له الولاية لمن يقوم بها إذا لم ينب الأول . ويلتزم بالواجب . ويجب أن يولي في الوظائف وإمامة المساجد الأحق شرعاً . وأن يَعمل ما يَقدر عليه من عمل واجب .

وفي « الأحكام السلطانية » : ولاية الإمامة طريقها الأولى لا الوجوب . بخلاف توليه القضاء والنقابة ؛ لأنه لو تراضى الناس بإمامهم ليصلي بهم صح .

ولأن الجماعة في الصلاة سنة عند كثير ، ولا يجوز أن يؤم في المساجد السلطانية وهي الجوامع إلا من ولاه السلطان ؛ لئلا يفتات عليه فيما وكل إليه .

وفي « الرعاية » : إن رضوا بغيره بلا عذر كره ، وصح في المذهب .

قال القاضي : وإن غاب من ولاه فنائبه أحق . ثم من رضيه أهل مسجد لتعذر إذنه . وتقليد المؤذن إلى هذا الإمام ما لم يصرف عنه ؛ لأنه من[1] سنة ما ولي القيام[2] به . ويعمل برأيه واجتهاده في الصلاة لا تجوز معارضته فيه . وله أن يأخذ المؤذن بهما في الوقت والأذان .

وأقل ما يعتبر في هذا الإمام العدالة والقراءة الواجبة والعلم بأحكام الصلاة .

وفي جواز كون الإمام في الجمعة عبداً روايتان . فدل أنه إن جاز صحت ولايته فكذا العدالة وغيرها .

وقال شيخنا : قد تجوز الصلاة خلف من لا تجوز توليته . وليس للناس أن يُولّوا عليهم الفساق وإن نفذ حكمه أو صحت الصلاة خلفه .

وقال أيضاً : اتفقت الأئمة على كراهة الصلاة خلفه . واختلفوا في صحتها ، ولم يتنازعوا أنه لا ينبغي توليته .

وما بناه أهل الشوارع والقبائل من المساجد فالإمامة لمن رضوه . لا اعتراض للسلطان عليهم . وليس لهم صرفه ما لم يتغير حاله . وليس له أن يستنيب إن غاب . انتهى كلامه في « الفروع » .

***

(١) في أ : في .
(٢) في أ : للقيام .

(فصل) في مسائل من أحكام الناظر

(**وشُرط**) بالبناء للمفعول (**في ناظر**) مطلقاً (**إسلامٌ**) . قطع في « الإنصاف » و« التنقيح » باشتراط الإسلام في الناظر من غير تفصيل فيه .

وقال في « المغني » : ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجَعل الواقف ذلك له أو لكونه أحق بذلك ، رجلاً كان أو امرأة ، عدلاً كان أو فاسقاً ؛ لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الأحوال كالطلق . انتهى .

فقوله : لأنه ينظر لنفسه ، وقوله : كالطلق يدل على عدم اشتراط الإسلام . فإن الذمي المكلف الرشيد ينظر لنفسه في ملكه .

وقوله : لكونه أحق بذلك يعني : لأنه ملكه[1] ونفعه له . فكان نظره كملكه الطلق ؛ كما صرح فيه قبل ما تقدم من عبارته بيسير . وعدم اشتراط الإسلام في صورة « المغني » أظهر . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(**وتكليفٌ**) ؛ لأن غير المكلف لا ينظر في ملكه الطلق . ففي الوقف أولى . فإن لم يشرط الواقف ناظراً وكان الموقوف عليه صغيراً أو مجنوناً قام وليه في المال مقامه في النظر إلى أن يصير أهلاً .

(**وكفايةٌ لتصرّف ، وخبرةٌ به**) أي : بالتصرف ، (**وقوةٌ عليه**) ؛ لأن مراعاة حفظ الوقف مطلوبة شرعاً . وإن لم يكن الناظر متصفاً بهذه الصفة لم يمكنه مراعاة حفظ الوقف .

(**ويُضم لضعيف**) تعيَّن كونه ناظراً : إما لشرط الواقف ، أو لكون الوقف عليه (**قويٌّ أمينٌ**) ؛ ليحصل المقصود .

---

(١) في أ : لكونه أحق بذلك لملكه .

(**و**) شُرط (**في**) ناظر (**أجنبي**) أي : غير موقوف عليه . سواء كانت (**ولايته من حاكم**) ؛ كما لو وقف إنسان شيئاً على جماعة غير محصورين ولم يعين ناظراً ففوضه الحاكم إلى إنسان ، (**أو**) كان تفويضه من (**ناظرٍ**) بجَعل الواقف له ذلك ، أو بدونه إن جاز للوكيل التوكيل زيادة على الشروط المتقدمة : (**عدالةٌ**) في المفوض إليه النظر .

قال الحارثي : بغير خلاف علمته ؛ لأنها ولاية على مال . فاشترط لها العدالة ؛ كالولاية على مال اليتيم .

(**فإن**) فُوِّض إليه مع عدالته ثم (**فَسَق**) بعد ذلك : (**عُزل**) بالبناء للمفعول ؛ لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق .

(**و**) إن تلقى النظر أجنبي (**من واقف . وهو**) أي : الأجنبي (**فاسق ، أو**) كان حالة جعل النظر له عدلًا ثم (**فسق**) : فإنه (**يضم إليه أمين**) يتحفظ به الوقف . ولم تزُل يده ؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين .

وقيل : لا تصح ولايته إن كان فاسقاً . وينعزل إن كان عدلًا ففسق[1] .

وقيل : يُعزل . فإن عاد عاد حقه كمصرح به وكالموصوف .

قال في « المغني » : وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو ولاه وهو عدل فصار فاسقاً ضُم إليه أمين يتحفظ به الوقف . ولم تزل يده ؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين . ويحتمل أن لا تصح توليته ، وأنه ينعزل إذا فسق في أثناء ولايته ؛ لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق ؛ كما لو ولاه الحاكم ، وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته . فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته . فإن مراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه . انتهى .

(**وإن كان**) النظر (**لموقوفٍ عليه : بجَعْله**) أي : جعل الواقف النظر (**له**) أي : للموقوف عليه ، (**أو لكونه**) أي : الموقوف عليه الوقف (**أحق**)

---

(١) ساقط من أ .

بالنظر ؛ (**لعدم**) تعيين (**غيره : فهو**) أي : الموقوف عليه (**أحق**) بالنظر (**مطلقاً**) أي : سواء كان عدلاً أو فاسقاً . ويشمل الإطلاق المسلم والكافر . مع أن قوله : مطلقاً عبارة « التنقيح » . وتقدم الكلام على ذلك .

(**ولو شَرَطه**) أي : شرط النظر (**واقف لغيره : لم يصح عزله**) إياه (**بلا شرط**) ؛ كإخراج بعض الموقوف عليهم بدون الشرط .

(**وإن شَرَطه**) أي : شرط الواقف النظر على وقفه (**لنفسه**) فقط ، (**ثم جعله لغيره ، أو أسنده أو فوَّضه**) بأن قال : جعلته لفلان أو أسندته إليه أو فوضته (**إليه : فله**) أي : للواقف (**عزلُه**) أي : المجعول إليه أو المسند إليه أو المفوض إليه ؛ لأنه نائبه . أشبه الوكيل .

وقيل : لا .

وأطلقهما في « الفروع » .

(**ولناظر بأصالةٍ ؛ كموقوف عليه وحاكم**) لم يعين الواقف ناظراً غيره (**نصبٌ وعزلٌ**) أي : نصب ناظر وعزله لأصالة الولاية . أشبه المطلق التصرف في مال نفسه ، وتصرف الحاكم في مال اليتيم .

(**لا ناظرٍ بشرط**) ؛ لأن نظره مستفاد بالشرط ولم يشرط له شيء من ذلك .

ولو مات الناظر بالشرط في حياة الواقف لم يملك الواقف نصب غيره بدون شرط وانتقل الأمر إلى الحاكم .

(**ولا يوصي**) ناظر بشرط (**به**) أي : بالنظر .

قال في « الإنصاف » : نص عليه في رواية الأثرم ؛ لأنه إنما ينظر بالشرط ولم يشرط الإيصاء له . خلافاً للحنفية . انتهى .

(**بلا شرط**) أي : شرط واقف . قلت : ومفهوم ذلك : أنه لو جعل له الواقف أن يوصي به صح إيصاؤه . والله أعلم .

(**ولو أُسند**) النظر (**لاثنين : لم يصح تصرُّفُ أحدهما**) دون الآخر (**بلا شرط**) من الواقف .

(**وإن شَرَط**) الواقف النظر (**لكلٍّ منهما**) أي : من الاثنين بأن قال : جعلت النظر لكل واحد منكما .

[(**أو**) جعل (**التصرف لواحد و**) جعل (**اليد لآخر**][1] .

أو) جعل (**عمارته لواحد و**) جعل (**تحصيل ريعه لآخر : صح**) ، وملك كل واحد منهما فعلَ ما شرط له . ذكر معناه الحارثي .

(**ولا نظر لحاكم مع ناظر خاص**) .

قال في « الفروع » : ولا نظر لغيره معه . أطلقه الأصحاب ، وقاله شيخنا . ويتوجه مع حضوره . فيقرر حاكم في وظيفة خلت في غيبته ؛ لما فيه من القيام بلفظ الواقف في المباشرة ودوام نفعه . فالظاهر : أنه يريده . ولا حجة في تولية الأئمة مع البعد لمنعهم غيرهم التولية . فنظيره[2] منع الواقف التولية لغيبة الناظر . انتهى .

وعلى هذا لو ولى الناظر الغائبُ إنساناً وولى الحاكم آخر قدم الأسبق تولية منهما . (**لكن : له**) أي : للحاكم (**النظر العام . فيعترض عليه**) أي : على الناظر الخاص (**إن فعل ما لا يسوغ**) فعله .

(**وله**) أي : وللحاكم أيضاً (**ضم أمين**) إلى الناظر الخاص (**مع تفريطه أو تهمته ؛ ليحصل المقصود**) من الوقف ، واستصحاب يد من أراده الواقف .

(**ولا اعتراض لأهل الوقف على**) ناظر (**أمين**) ولَّاه الواقف .

قال في « الإنصاف » : قال الأصحاب : لا اعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف إذا كان أميناً . ولهم مسألته عما يحتاجون إلى علمه من أمر وقفهم حتى يستوي[3] علمهم وعلمه فيه . انتهى .

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في أ : فنظره .
(٣) في أ و ب : يستوفي .

(**ولهم المطالبة بانتساخ كتاب الوقف**) ؛ ليكون في أيديهم وثيقة لهم .

(**وللناظر الاستدانةُ عليه**) أي : على الوقف (**بلا إذن حاكم لمصلحة ؛ كشراءه للوقف نسيئة ، أو بنقد لم يعينه**) .

قال في « الفروع » : ويتوجه في قرضه مالاً كوليّ .

(**وعليه**) أي : على الناظر . سواء كان الحاكم أو غيره (**نصبُ مستوفٍ للعمال المتفرِّقين : إن احتيج إليه ، أو لم تتم مصلحة إلا به**) . وقد يستغني عن ذلك لقلة العمال ومباشرة الإمام المحاسبة بنفسه كنصب الإمام للحاكم . ولهذا كان النبي[1] ﷺ في المدينة يباشر الحكم واستيفاء الحساب بنفسه ويولي مع البعد . ذكره الشيخ تقي الدين .

* * *

(١) ساقط من أ .

[فصل : في وظيفة الناظر]

(**فصل . ووظيفتُه**) أي : الناظر (**حفظُ وقفٍ ، وعمارتُه ، وإيجارُه ، وزرعُه ، ومخاصمةٌ فيه ، وتحصيلُ ريعه** : من أجرة أو زرع أو ثمر . **والاجتهادُ في تنميته وصرفه في جهاته**) بما يحصل به تنميته : (**من عمارة وإصلاح** .

و) وظيفته أيضاً (**إعطاءُ مستحِق ، ونحوه**) ؛ كشراء طعام[1] وشراب شرط الواقف فعله من[2] ريع الوقف ؛ لأن الناظر هو الذي يلي الوقف وحفظه وحفظ ريعه . وتنفيذ شرط واقفه وطلب الحظ فيه مطلوب شرعاً . فكان ذلك إلى الناظر .

(**وله وضع يده عليه**) أي : على الوقف وريعه .

(**و**) له (**التقرير في وظائفه** .

ومن قُرِّر) بالبناء للمفعول في وظيفة تقريراً (**على وقف الشرع : حرُم**) على الناظر وغيره (**صرفه**) عنها (**بلا موجب شرعي**) يقتضي ذلك .

وإن حكم حاكم بمحضر بوقف[3] فيه شروط ثم ظهر كتاب وقف فيه ما ينافي المحضر المذكور وجب ثبوت كتاب الوقف إن أمكن والعمل به .

فائدة :

لو تصادق المستحقون لوقف على شيء من مصارفه ومقادير استحقاقهم فيه

---

(١) في أ : الطعام .
(٢) في أ : مع .
(٣) في أ : بموقف .

ونحو ذلك ثم ظهر كتاب وقف منافٍ لما وقع التصادق عليه عُمل بما[1] في كتاب الوقف ، ولغا ما في التصادق . أفتى بذلك ابن رجب .

(**ولو أجَّره**) أي : أجر الناظر الوقف (**بأنقص**) من أجرة المثل : (**صح**) العقد (**وضمِن النقصَ**) إن كان المستحق غيره ؛ لأنه متصرف في مال غيره على وجه الحظ . فضمن ما نقصه بعقده ؛ كالوكيل إذا أجَّر ما نقص من أجرة المثل ، أو باع بدون ثمن المثل .

ولا بد في النقص المضمون أن يكون أكثر مما لا يُتغابن به في العادة ، كما قيل في الوكيل .

قال (**المُنقِّح**) عقب هذه المسألة : قلت : (**أو غرَس أو بنى فيما هو وقفٌ عليه وحده : فهو له محترم . وإن كان شريكاً ، أو له النظر فقط : فغيرُ محترم**) بمعنى أنه إذا أراد إبقاءه في أرض الوقف بغير رضى أهله لم يُجَب إلى ذلك .

(**ويتوجه : إن أشهد ، وإلا فللوقف .**

ولو غرسه للوقف ، أو من مال الوقف : فوقف . ويتوجه في غرس أجنبي : أنه للوقف بنيته) . انتهى كلام المنقح .

قال في « الفروع » ، وذكرها في « الإنصاف » فائدة آخر كتاب الوقف : وإن بنى أو غرس ناظر في وقف : توجه أنه له إن أشهد ، وإلا للوقف[2] . ويتوجه في أجنبي : للوقف بنيته .

وقال شيخنا : يد الواقف ثابتة على المتصل به ما لم تأت حجة تدفع موجبها ؛ كمعرفة كون الغارس غرسها له بحكم إجارة أو إعارة أو غصب . ويد المستأجر على المنفعة . فليس له دعوى البناء بلا حجة ، ويد أهل عرصة مشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك ، إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه . انتهى .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ج : فللوقف .

والذي يظهر : أن كلام المنقح مأخوذ من كلام صاحب « الفروع » . والله أعلم .

(**ويُنفق على**) موقوف (**ذي روح**) ؛ كالرقيق والخيل (**مما عين واقف**) الإنفاق منه . رجوعاً إلى شرط الواقف .

(**فإن لم يُعيِّن**) الواقف محلاً للنفقة : (**فـ**) نفقته (**من غلته**) ؛ لأن الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل منفعته ، ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه . فكان ذلك من ضرورته .

(**فإن لم يكن**) له غلة لضعف به أو غير ذلك : (**فـ**) نفقته (**على موقوف عليه معين**) ؛ لأنه ملكه .

قال في « المغني » : ويحتمل وجوبها في بيت المال .

(**فإن تعذر**) الإنفاق من الموقوف عليه لعجزه أو غيبته أو غيرهما : (**بيع**) الموقوف ، (**وصُرف ثمنه في عين يكون وقفاً لمحلِّ الضرورة**) .

قال في « الفروع » : ونقل أبو داود في الحبيس : أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس[1] .

وهذا إذا لم يمكن[2] إيجاره ، (**فإن أمكن إيجاره ؛ كعبد أو فرس : أُوجِرَ**) مدة (**بقدر نفقته**) ؛ لاندفاع الضرورة المقتضية للبيع بذلك .

(**ونفقة ما**) أي : حيوان موقوف (**على غير معيّن ؛ كالفقراء ، ونحوهم**)؛ كالمساجد تؤخذ (**من بيت المال**) ؛ لأن الإنفاق هنا من المصالح .

(**فإن تعذر**) الأخذ من بيت المال : (**بِيع**) الموقوف وصرف ثمنه في مثله ، (**كما تقدم**) فيما إذا كان على معين وتعذر الإنفاق عليه بكل حال .

(**وإن كان**) الموقوف (**عقاراً**) واحتاج إلى عمارة : (**لم تجب عمارته بلا شرط**) .

---

(١) في أ و ب : الحبس .

(٢) في ج : يمكنه .

قال في « الإنصاف » : وإن كان الوقف لا روح فيه ؛ كالعقار ونحوه : لم تجب عمارته على أحد مطلقاً . على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وجزم به الحارثي وغيره .

قال في « التلخيص » : إلا من يريد الانتفاع به فيعمره باختياره .

وقال الشيخ تقي الدين : تجب عمارة الوقف بحسب البطون .

(**فإن شرطها**) الواقف : (**عُمل به**) أي : بالشرط (**مطلقاً**) على حسب ما شرط . (**ومع إطلاقها**) أي : العمارة نحو أن يقول[1] الواقف : ويُعمر من ريعه ما انهدم . ففي هذه الصورة ونحوها (**تُقدم**) العمارة (**على أرباب الوظائف**) .

ثم قال (**المنقح**) في « التنقيح » قلت : (**ما لم يُفض إلى تعطيل مصالحه . فيجمع بينهما حسب الإمكان**) .

وقال في « الفروع » : وتجب عمارته بحسب البطون . ذكره شيخنا . وذكر غيره : لا تجب كالطلق . وتُقدم عمارته على أرباب الوظائف .

وقال شيخنا : الجمع بينهما حسب الإمكان أولى بل قد تجب . انتهى .

ونقل في « الإنصاف » عن الحارثي أنه قال : عمارة الوقف لا تخلو من أحوال :

أحدها : إن شرط[2] البداءة بها كما هو المعتاد فلا إشكال في تقديمها .

الثاني : اشتراط تقديم الجهة عليها فيجب العمل بموجبه ما لم يؤد إلى التعطيل . وإن أدى إليه قدمت العمارة . فيكون عقد الوقف مخصصاً للشرط . وهذا على القول ببطلان تأقيت الوقف . أما على صحته فتقدم الجهة كيف كان .

---

(١) في أ : يقوم .
(٢) في ب : أن يشرط .

الثالث : شرط الصرف إلى الجهة في كل شهر كذا فهو في معنى اشتراط تقديمه على العمارة . فيترتب ما قلنا في الثاني .

الرابع : إيقاع الوقف على فلان أو جهة كذا . وبيّض له . انتهى .

(**ولو احتاج خانٌ مسبِّل ، أو**) احتاجت (**دارٌ موقوفة**) وقفت (**لسكنى حاج ، أو**) سكنى[1] (**غزاة ، ونحوهم**) ؛ كسكنى أبناء السبيل أو المتصوفة (**إلى مَرمَّة**) أي : إصلاح : (**أُوجِرَ**) بالبناء للمفعول (**منه**) أي : من ذلك الموقوف جزء (**بقدر ذلك**) أي : بقدر ما يحتاج إلى مرمته لمحل الضرورة .

قال في « الفروع » : (**وتسجيل كتاب الوقف من الوقف**) كالعادة . ذكره شيخنا واقتصر عليه .

* * *

(١) في أ : سكن .

(فصل) في أحكام صور من الوقف

(**وإن وَقف**) إنسان شيئاً (**على عدد معيّن**) ؛ كاثنين أو ثلاثة أو أكثر من ذلك ، (**ثم**) من بعد مَن عيّن على (**المساكين . فمات بعضهم**) أي : بعض من عين : (**رُد نصيبه**) أي : نصيب الذي مات (**على من بقي**) ممن عين ؛ لأنه ممن وُقف عليه ابتداء .

ولأن استحقاق المساكين مشروط بانقراض من عيَّنه الواقف ؛ لأنه مرتب بثم .

(**فلو مات الكل : فللمساكين**) عملاً بشرط الواقف .

(**وإن لم يُذكر له**) أي : للوقف على عدد معين (**مآل**) ؛ كما لو قال إنسان : وقفت هذا على زيد وعمرو وبكر وسكت ، (**فمن مات منهم : صُرف نصيبه إلى الباقي . ثم إن ماتوا جميعاً : صُرف مَصرِف المنقطِع** .

و) إن وقف إنسان شيئاً (**على ولده**) ثم المساكين ، (**أو**) وقفه على (**ولد غيره**) ؛ كعلى ولد زيد ، (**ثم المساكين : دخل**) الأولاد (**الموجودون**) حالة الوقف (**فقط**) نصاً ، (**الذكور**) منهم (**والإناث**) والخناثى ؛ لأن اللفظ يشملهم (**بالسوية**) ؛ لأنه شرك بينهم . وإطلاق التشريك يقتضي التسوية ؛ كما لو أقر لهم بشيء ، وكولد الأم في الميراث .

ولا يدخل فيهم الولد المنفي بلعان ؛ لأنه ليس بولد شرعي .

وعنه : يدخل ولدٌ حدث بأن حملت به أمه بعد الوقف . اختاره ابن أبي موسى وأفتى به ابن الزاغوني .

(**و**) دخل (**ولد البنين**) مطلقاً . سواء (**وُجدوا حالة الوقف أو لا**) على الأصح من الروايات ؛ (**كوصية**) [لولد فلان ولم يوجد لفلان ولدٌ وُلد إلا

بعد الوصية وقبل موت الموصي . أما إذا لم يوجد له ولد إلا بعد موت الموصي : فالوصية باطلة بغير خلاف ؛ لعدم الموصى له عند موت الموصي][1] .

قال في « الإنصاف » : في مسألة الوقف عن دخولهم مطلقاً : وهو المذهب . نص عليه في رواية المروذي ويوسف بن موسى ومحمد بن عبدالله المناوي ، وجزم به في « الوجيز » وغيره .

قال الحارثي : المذهب دخولهم .

قال الناظم : وهو أولى . وقدمه الحارثي وصاحب « القواعد الفقهية » في القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة و« شرح ابن رزين » . واختاره الخلال وأبو بكر ابن عبد العزيز وابن أبي موسى وأبو الفرج الشيرازي والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر « خلافه » وغيرهم . انتهى .

ووجه ذلك : أن الله تعالى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ [النساء : ١١] . فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا .

ولما قال : ﴿ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ ﴾ [النساء : ١١] . فتناول ولد البنين .

وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ويفسر بما يفسر به .

ولأن ولد ولده ولد له . بدليل قول الله تعالى : ﴿ ۞ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ [الأعراف : ٣١] و ﴿ يَٰبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ ﴾ [البقرة : ٤٠] .

وقال ﷺ : « ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً »[2] .

---

(١) زيادة من ج .

(٢) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٨١٥) ٢ : ٩٤١ كتاب الجهاد . باب الرمي في سبيل الله .

وقال : « نحن بنو النضر بن كنانة »[1] .

والقبائل كلها تنسب إلى جدودها .

ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين . فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة .

والرواية الثانية : لا يدخلون مطلقاً .

قال الموفق وابن أخيه : اختاره القاضي وأصحابه ؛ لأن الولد حقيقة وعرفاً إنما هو الولد للصلب . وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً . ولهذا يصح نفيه فيقال : ما هذا ولدي إنما هو ولد ولدي .

فعلى هذا إن عدم أولاده لصلبه انتقل إلى المساكين .

وإن قال : على ولدي وولد ولدي ثم المساكين دخل البطن الأول والثاني دون الثالث .

وإن قال : على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل ثلاثة بطون دون من بعدهم .

والرواية الثالثة : يدخلون إن كانوا موجودين حالة الوقف وإلا فلا . قدمه في « الرعايتين » و« الفائق » وقال : نص عليه . و« الحاوي الصغير » .

ومحل الخلاف : ما لم يقل على ولدي لصلبي ، أو على أولادي الذين يلونني . فإن قال ذلك لم يدخل ولد الولد بلا خلاف .

(و) حيث ثبت دخول ولد البنين مع آبائهم في وقف فالأصح من الوجهين : أنهم (**يستحقونه مرتباً**) بعد آبائهم ؛ (**كبطن بعد بطن**) ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول ، ونحوه . قدمه في « الفائق » وقال : هو ظاهر كلامه وصححه في « النظم » و« الفروع » .

وقيل : يستحقون مع آبائهم . وأطلقهما في « القواعد الفقهية » .

---

(١) أخرجه أحمد في « مسنده » (٢١٥٩١) ٥ : ٢١١ .

ومحل الخلاف : ما لم يكونوا قبيلة ؛ كوقفت هذا على ولد النضر بن كنانة . أو يأتي بما يقتضي التشريك ؛ كعلى أولادي وأولادهم . فإنه لا ترتيب[1] .

(**ولا يدخل ولد البنات**) في الوقف على الولد .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به في « المحرر » و« النظم » و« الوجيز » وغيرهم . انتهى .

قال في « القواعد » : فأما ولد البنات ففيه وجهان للأصحاب : اختار الخرقي والقاضي : أنهم لا يدخلون . واختار أبو بكر وابن حامد دخولهم . ونص أحمد في رواية المروذي على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد . فمن الأصحاب من قال : لا يدخلون في مطلق الولد إذا وقع الاقتصار عليه ويدخلون في مسمى ولد الولد ؛ لأنهم من ولد الولد حقيقة وليس بولد حقيقة . وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي ومال إليها صاحب « المغني » . انتهى .

(و) من وقف شيئاً (**على عقبه** . **أو**) وقفه على (**نسله** . **أو**) وقفه على (**ولد ولده** . **أو**) وقفه على (**ذريته** : **لم يدخل ولد البنات**) في الوقف في هذه الصور ؛ كما لو قال : وقفته على من ينسب إليَّ . (**إلا بقرينة** ؛ **كـ**) ما لو قال : و (**من مات فنصيبه لولده** ، **ونحوه**) ؛ كعلى أنَّ لولد[2] الإناث سهماً ولولد الذكور سهمان .

وعدم دخول ولد البنات في الصور المتقدمة مع عدم القرينة . اختيار الأكثر . نقله في « الفروع » .

قال في « الإنصاف » : إذا وقف على ولد ولده ، أو قال : على أولاد أولادي وإن سفلوا : فنص أحمد في رواية المروذي أن أولاد البنات لا يدخلون . وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

---

(١) في أ : يترتب .

(٢) في أ : الولد .

ثم ذكر قوله في « المقنع » : ونقل عنه في الوصية يدخلون . وذهب إليه بعض أصحابنا . وهذا مثله . ثم قال عقب ذلك : قلت : بل هي هنا رواية منصوصة من رواية حرب .

ثم ذكر قوله في « المقنع » : وقال أبو بكر وابن حامد : يدخلون في الوقف إلا أن يقول : على ولد ولدي لصلبي فلا يدخلون . ثم قال عقبه : وهو رواية ثالثة عن أحمد . ثم قال : وفي المسألة قول رابع بدخول ولد بناته لصلبه دون ولد ولدهن . ثم قال : وكذا الحكم والخلاف . والمذهب : إذا وقف على عقبه أو ذريته كما قال المصنف ـ يعني : الموفق ـ عند جماهير الأصحاب . وممن قال بعدم الدخول هنا أبو الخطاب والقاضي أبو الحسين وابن بكروس . قاله الحارثي . وقال : قال مالك بالدخول في الذرية دون العقب وبه أقول . انتهى .

وأصل الذرية من ذرأ إذا زرع .

قال الشاعر :

شققت القلب ثم ذرأت فيه

أي : زرعت . أو من ذر : إذا طلع . ومنه قولهم : ذر قرن الشمس .

وأصل النسل : مأخوذ من النُّسالة . وهي : شعر الدابة إذا سقط عن جسدها .

(و) إن وقف إنسان شيئاً (**على أولاده ، ثم أولادهم**) أو قال : على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا أو ما تعاقبوا . الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول ، أو بطناً بعد بطن ، أو طبقة بعد طبقة ، أو نسلاً بعد نسل : (**فترتيبُ جملةٍ على مثلها : لا يستحقُّ البطن الثاني شيئاً قبل انقراض الأول**) ؛ لأن الوقف ثبت بقوله . فيتبع فيه مقتضى كلامه .

وقيل فيمن قال : على أولادي ثم أولادهم ، أو على أولاد فلان ثم أولادهم : أنه ترتيب إفراد . فيستحق الولد نصيب أبيه بعده . وإن لم يقل الواقف ومن مات عن ولد : فنصيبه لولده .

(**فلو قال**) : و (**من مات**) منهم (**عن ولد فنصيبه لولده**) كان ذلك أيضاً

دليلاً على الترتيب ؛ لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية . ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهماً صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية .

ولأنه يفضي إلى تفضيل ولد الابن [على الابن][1] . والظاهر من مراد الواقف خلاف ذلك . فإذا ثبت الترتيب فإنه ترتيب بين كل والد[2] وولده .

فإذا مات من أهل الوقف واحد أو أكثر ممن له ولد (**استحق كل ولد بعد أبيه نصيبه الأصلي والعائد**) . سواء بقي من البطن الأول أحد أو لم يبق أحد .

قال في « الفروع » : وقول الواقف من مات فنصيبه لولده يعم ما استحقه وما يستحقه مع صفة الاستحقاق استحقه أو لا تكثيراً للفائدة . ولصدق الإضافة بأدنى ملابسة .

ولأنه بعد موته لا يستحقه .

ولأنه المفهوم عند العامة الشارطين ، ويقصدونه ؛ لأنه يتيم لم يرث هو وأبوه من الجد .

ولأن في صورة الاجتماع ينتقل مع وجود المانع إلى ولده .

لكن هنا هل يعتبر موت الوالد؟ يتوجه الخلاف . وإن لم يتناول إلا ما استحقه فمفهوم خرج مخرج الغالب . وقد تناوله الوقف على أولاده ثم أولادهم .

قال : فعلى قول شيخنا إن قال : بطناً بعد بطن ونحوه فترتيب جملة . مع أنه يحتمل . فإن زاد على أنه إن توفي أحد من أولاد الموقوف عليه ابتداء في حياة والده وله ولد ثم مات الأب عن أولاده لصلبه وعن ولد لولده لصلبه الذي مات

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : ولد .

أبوه قبل استحقاقه فله معهم ما لأبيه لو كان حياً : فهو صريح في ترتيب الأفراد . انتهى .

(و) إن أتى الواقف (**بالواو**) ؛ كما لو قال : على أولادي وأولادهم وأولاد أولادهم ونسلهم : كانت الواو (**للاشتراك**) . فيشتركون فيه من غير تفضيل ؛ كما لو أقر إنسان لهم بشيء ، وكولد الأم في الميراث .

(و) متى قال واقف : (**على أن نصيب من مات عن غير ولد ، لمن في درجته والوقف مرتب**) كما في الأمثلة المتقدمة وقد مات إنسان منهم عن نصيبه : (**فهو لأهل البطن الذي هو**) أي : الميت (**منهم : من أهل الوقف**) دون بقية البطون ، من غير خلاف علمته بين الأصحاب .

(**وكذا**) الحكم (**إن كان**) الوقف (**مشتركاً بين البطون**) في أصح الوجهين . قدمه في « النظم » . وهما مطلقان في « المغني » و« الشرح » و« الفائق » و« الفروع » و« الحاوي الصغير » .

ووجه ذلك : أنا لو لم نخص بنصيبه أهل البطن الذي هو منهم : لم يكن في اشتراط الواقف لهذا الشرط فائدة . والظاهر : أنه قصد شيئاً يفيد .

(**فـ**) على هذا (**إن لم يوجد في درجته أحد . فكما لو لم يذكر الشرط**) ؛ لأنه لم يوجد ما تظهر فائدته فيه (**فيشترك الجميع**) أي : جميع أهل الوقف (**في مسألة الاشتراك**) ؛ لأن التشريك يقتضي التسوية . وتخصيص بعض البطون به يفضي إلى عدم التسوية .

(**ويختص**) البطن (**الأعلى به**) أي : بنصيب المتوفى الذي شرط لمن يوجد في درجته ولم يوجد في درجته أحد (**في مسألة الترتيب**) .

قال في « متن التنقيح » : على المذهب . وأفتى جمع من الحنفية والشافعية بانقطاعه[1] فيها . يعني : مسألة الترتيب .

وقال في « حاشيته على التنقيح » : قال ابن مغلي : في واقف وقف وقفاً

---

(١) في أ : بانقطاع .

وشرط فيه : إن مات انتقل نصيبه إلى من في درجته ، وفيهم من هو أعلى منه ، أو أنزل : أنه ينتقل إلى أعلا درجة موجودة حالة وفاته . وليس في درجته أحد فالحكم في ذلك أنه : كما لو لم يذكر الشرط . قاله الأصحاب .

قلت : صرح به في « المغني » و« الشرح » . وقد رتب الواقف فيعمل بمقتضاها حيث لم يوجد الشرط المذكور . فيستحق الأعلا فالأعلا . قال : وقد أفتينا بذلك غير مرة وبينا بطلان قول من زعم أن الوقف والحالة هذه منقطع .

وقال القاضي علاء الدين بن اللحام البعلي : بعض الفقهاء يقول : هو وقف منقطع الوسط . وبعضهم يقول : يكون لأقرب الموجودين من أهل الوقف عملاً بعموم الكلام الأول حيث جعله مرتباً ترتيب بطون . فاقتضى أنه لا يأخذ أحد من بطن مع وجود أحد من بطن أعلا منه . لكن استثني من ذلك شيئين :

أحدهما : من مات عن ولد .

والآخر : من مات عن غير ولد .

بقي الباقي على عمومه فيرجع هذا النصيب إلى أعلا البطون الموجودة من أهل الوقف عملاً بعموم الكلام الأول .

وفي كلام « المغني » إشارة إلى ذلك . فالشيخ تقي الدين لا يوافق على ذلك ؛ لأن عنده أن الوقف المرتب بـ« ثم » إنما يدل على ترتيب الأفراد . لا على ترتيب البطون . فيقول : ينتقل إلى ذرية من لو كان موجوداً عند موته . انتهى كلام المنقح في « الحاشية » .

(**وإن كان**) الوقف (**على البطن الأول**) ؛ كما لو قال : وقفت على أولادي (**على أن نصيب من مات منهم عن غير ولد ، لمن في درجته : فكذلك**) هذه عبارة « التنقيح » وتبعته عليها . ولعل الإشارة بذلك إلى ما تقدم وهو : **أن نصيبه** يكون لأهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف . فلو كان البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين ثم مات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابناً لعمه الحي : كان نصيبه لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه . وفيها وجهان آخران :

أحدهما : أن نصيبه يعود إلى أهل الوقف كلهم وإن كانوا بطوناً .

قال في « الإنصاف » : وحكم به التقي سليمان . وهو الصواب .

والوجه الآخر : أن نصيبه يعود لأهل بطنه . سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا .

فعلى هذا يكون نصيب المتوفى في المثال المتقدم بين أخيه وابني عمه .

وعلى جميع الأوجه : لو كان لرجل أربعة بنين فوقف على ثلاثة منهم وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد كان نصيبه بين الأخوين اللذين هما من أهل الوقف دون الأخ الثالث ؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق . أشبه ابن عمهم .

وحيث حُكم بنصيب ميت لأهل البطن الذي هو منهم (**فيستوي في ذلك**) الذي في الأمثلة المتقدمة (**كلِّه إخوته**) أي : إخوة الميت ، (**وبنو عمه ، وبنو عم أبيه ، ونحوهم**) ؛ كبني بني عم أبي[1] أبيه ؛ لأنهم في درجته في القرب[2] إلى الجد الذي يجمعهم . والإطلاق يقتضي التسوية .

(**إلا أن يقول**) الواقف : (**يقدم الأقرب فالأقرب إلى المتوفى ، ونحوه**) ؛ كما لو قال لمن في درجته : من ولد الظهر ، (**فيختص**) فيما إذا قال : يقدم الأقرب (**بالأقرب**) ، وفيما إذا قال : من ولد الظهر بولد الظهر .

(**وليس من الدرجة من هو أعلا**) من الميت ؛ كعمه ، (**أو أنزل**) ؛ كابن أخيه .

(**والحادث من أهل الدرجة بعد موت الآيل نصيبه إليهم ؛ كالموجودين حينه فيشاركهم**) .

قال في « الإنصاف » : وإذا شرطه لمن في درجة المتوفى عند عدم ولده استحقه أهل الدرجة حالة وفاته . وكذا من سيوجد منهم في أصح الاحتمالين .

---

(١) ساقط من ب .

(٢) في أ : الأقرب .

قال في « الفائق » : هذا أقوى الاحتمالين . قال : ورأيت المشاركة بخط الشيخ شمس الدين ـ يعني : الشارح ـ والنووي .

قال ابن رجب في « قواعده » : يُخَرِّج فيها وجهان . قال : والدخول هنا أولى ، وبه أفتى الشيخ شمس الدين[1] . انتهى .

(**وعلى هذا**) القول وهو مشاركة الحادث للموجودين (**لو حدث من هو أعلى من الموجودين ، وشرط**) الواقف (**استحقاق الأعلى فالأعلى : أخذه**) أي : أخذ ما آل إليهم عند عدمه (**منهم**) عملاً بالشرط ؛ لكونه أعلا . ذكر ابن رجب هذه المسألة في القاعدة السابعة بعد المائة .

(**و**) من قال : وقفت (**على ولدي**) بلفظ المفرد (**فلان وفلان ، وعلى ولد ولدي ، و**) كان (**له ثلاث بنين : كان**) الوقف (**على**) الولَدَين (**المسمييْن وأولادهما وأولاد الثالث ، دونه**) أي : الثالث .

قال في « الإنصاف » : ذكره المصنف ـ يعني : الموفق ـ مختاراً له وقدمه في « الفروع » و« المغني » و« الشرح » ونصراه . وهو ظاهر ما قدمه في « الفائق » وقواه شيخنا في « حواشيه » وصححه الحارثي .

وقال القاضي وابن عقيل : يدخل الابن الثالث . ونقله حرب . وقدمه الحارثي فقال : والمنصوص دخول الجميع .

وقال في القاعدة الثانية والعشرين بعد المائة : ويتخرج وجه بالاختصاص بولد من وُقف عليهم اعتباراً بآبائهم . انتهى .

(**و**) من قال : وقفت (**على زيد ، وإذا انقرض أولاده فعلى المساكين : كان**) الوقف (**بعد موت زيد لأولاده ، ثم بعدهم للمساكين**) .

قال في « الإنصاف » : اختاره القاضي وابن عقيل . وقدمه في « الكافي » . انتهى .

---

(١) في أ : شهاب الدين .

ولعل وجهه : أن قول الواقف فإذا انقرض أولاده فعلى المساكين : دالٌّ على دخول أولاد زيد في الوقف ؛ لأنه لو لم يكن ذلك لم يكن لتوقف استحقاق المساكين على انقراضهم فائدة . والله أعلم .

وقيل : يصرف بعد موت زيد مصرف الوقف المنقطع حتى ينقرض أولاده . ثم يصرف على المساكين عملاً بظاهر العبارة .

(و) من قال : وقفت (**على أولادي ، ثم أولادهم الذكور والإناث ، ثم أولادهم الذكور** : من **ولد الظهر فقط . ثم نسلهم وعقبهم ، ثم الفقراء على أن من مات منهم وترك ولداً وإن سفل فنصيبه له**) هذا آخر كلام الواقف . (**فمات أحد الطبقة الأولة ، وترك بنتاً ، ثم ماتت**) البنت (**عن ولد : فله ما استحقته**) أمه (**قبل موتها**) .

نقل هذه المسألة في « الفروع » عن الشيخ تقي الدين ، ثم قال عقبها : ويتوجه : لا . ثم قال : (**ولو قال** : **ومن مات عن غير ولد وإن سفل فنصيبه لإخوته . ثم نسلهم وعقبهم : عَمَّ مَن لم يُعقب ، ومن أَعقب ثم انقطع عقبه**) ؛ لأنه لا يقصد غيره واللفظ يحتمله . فوجب الحمل عليه قطعاً . قاله شيخنا . ويتوجه نفوذ حكم بخلافه . انتهى .

(**ويصح**) **أن** يقف الإنسان (**على ولده ومن يولد له**) بأن يقول : وقفت هذا على ولدي ومن يولد لي .

قال ابن رجب في القاعدة السابعة بعد المائة : ومنها الوقف على ولده وولد ولده أبداً أو من يولد له : فيصح بغير إشكال . نص عليه . انتهى .

(و) من وقف شيئاً (**على بنيه ، و**) على (**بني فلان : فللذكور**) خاصة ؛ لأن لفظ البنين وضع لذلك حقيقة ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَصْطَفَى ٱلْبَنَاتِ عَلَى ٱلْبَنِينَ ﴾ [الصافات: ١٥٣] ، و ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ ﴾ [آل عمران: ١٤]، ولقوله تعالى : ﴿ ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ﴾ [الكهف : ٤٦] .

ولا يدخل فيه الخنثى ؛ لأنه لا يُعلم كونه ذكراً .

وعلى هذا لو وقف على بناته اختص بهن ولم يدخل فيه الذكور ولا الخناثى ؛ لأنه لا يعلم كونهن إناثاً .

(**وإن كانوا**) أي : من عناهم بقوله : بني فلان (**قبيلة**) ؛ كبني هاشم وتميم : (**دخل نساؤهم**) ؛ لقوله تعالى : ﴿ ۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ [الإسراء : ٧٠] .

ولأن اسم القبيلة يشمل ذكرها وأنثاها . ويقال : امرأة من بني كذا .

وروي أن جواري من بني النجار قلن :

نحن جوارٍ من بني النجار يا حبذا محمداً من جار

(**دون أولادهن**) أي : أولاد نساء تلك القبيلة (**من**) رجال (**غيرهم**) ؛ لأنهم إنما ينسبون إلى آبائهم .

ولا يدخل مواليهم ؛ لأنهم ليسوا منهم حقيقة كما لا يدخلون في الوصية .

قال في « الفروع » في باب الوقف : فلو وصى لبني هاشم لم يدخل مواليهم . نص عليه في رواية ابن منصور وحنبل .

قال في « الخلاف » : لأن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي ، ولفظ صاحب الشريعة يعتبر فيه المعنى . ولهذا لو حلف : لا أكلت السكر ؛ لأنه حلو : لم يعم غيره من الحلاوات . وكذلك لو قال : عبدي حر ؛ لأنه أسود : لم يعتق غيره من العبيد . ولو قال الله : حرم السكر ؛ لأنه حلو : عم جميع الحلاوات . وكذلك إذا قال : أعتق عبدك ؛ لأنه أسود : عم . انتهى .

قلت : فكما يعتبر في الوصية لفظ الموصي يعتبر في الوقف لفظ الواقف . ولهذا كان الحكم فيهما عدم دخول الموالي . والله أعلم .

(**و**) إذا وقف إنسان شيئاً (**على عترته**) بأن قال : وقفته على عترتي ، (**أو**) على (**عشيرته**) بأن قال : وقفته على عشيرتي : (**كعلى قبيلته**) أي : فالحكم فيه كما لو قال : وقفته على قبيلتي .

أما العترة فقد توقف أحمد رحمه الله تعالى فيها .

وقال في « المقنع » : والعترة : هم العشيرة .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب قدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفروع » و« الفائق » وغيرهم . وصححه الناظم ، وقاله القاضي وغيره . انتهى .

ويدل لهذا قول أبي بكر رضي الله تعالى عنه في محفل من الصحابة : « نحن عترة رسول الله ﷺ وبيضته التي تفقأت عنه »[1] . ولم ينكره أحد ، وهم أهل اللسان .

وقيل : العشيرة الأدنون مع ولده وإن سفلوا .

وقيل : ولده فقط .

وقيل : ذريته .

وقيل : ذو قرابته .

والعشيرة قال الجوهري : القبيلة .

وقال القاضي عياض : هي أهله الأدنون وهم بنو أبيه .

(و) من وقف (**على قرابته ، أو قرابة زيد : فهو للذكر والأنثى من أولاده ، وأولاد أبيه ، و**) أولاد (**جده ، و**) أولاد (**جد أبيه**) فقط ؛ لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي[2] القربى المشار[3] إليه في قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [الحشر : ٧] . فلم يعط من هو أبعد ؛ كبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً .

ولا يقال : هما كبني المطلب « فإنه ﷺ علّل الفرق بينهم وبين من سواهم ممن ساواهم في القرب بأنهم لم يفارقوا في جاهلية ولا إسلام »[4] .

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٦٦ كتاب الوقف . باب الصدقة في العترة .

(٢) في أ : ذو . وفي ج : ذي .

(٣) في أ : والمشار .

(٤) عن جبير بن مطعم قال : « لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني=

ولم يعط قرابته من جهة أمه . وهم بنو زهرة شيئاً .

وعنه : يدخل في القرابة ولد جد جده .

وعنه : تختص القرابة بولده وقرابة أبيه وإن علا مطلقاً .

وعنه : تختص بثلاثة آباء فقط . فعليها لا يعطى الولد شيئاً .

وعنه : يختص منهم من يصله . نقله ابن هانىء وغيره .

ونقل صالح : إن وصل أغنياءهم أعطوا وإلا الفقراء أولى .

ويسوى بين من قلنا يعطى منهم فلا يفضل أعلا ولا فقير ولا ذكر على من سواه . لكن لو كانوا مسلمين وكفار لم يتناول الوقف الكفار منهم .

قال ابن رجب في القاعدة السادسة والعشرين بعد المائة : ومنها لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قريته أو وصى لهم وفيهم مسلمون وكفار : لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم . نص عليه في رواية حرب وأبي طالب . ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار : ففي الاقتصار عليه وجهان ؛ لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً . انتهى .

(**و**) الوقف من إنسان (**على أهل بيته** ، **أو**) على (**قومه** ، **أو**) على (**نسائه** ، **أو**) على (**الدار** ، **أو**) على (**أهله : كعلى قرابته**) .

أما كون أهل بيته بمنزلة قرابته ؛ فلقول النبي ﷺ : « لا تحل الصدقة لي ولا لأهل بيتي »[1] . فجعل سهم ذي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرِّمت

= المطلب . وترك بني نوفل وبني عبد شمس . فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا النبي ﷺ فقلنا : يا رسول الله ! هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به منهم فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة ؟ فقال رسول الله ﷺ : أنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام . وإنما نحن وهم شيء واحد وشبك بين أصابعه » .
أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٩٨٠) ٣ : ١٤٦ كتاب الخراج والإمارة والفيء . باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى .

(١) أخرجه أحمد في « مسنده » (١٧٦٩٩) ٤ : ١٨٦ .

عليهم . فكان ذو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته . احتج بذلك الإمام .

وروي عن ثعلب : أن أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم ؛ كالأجداد والأعمام وأولادهم .

قال في « المقنع » : وأهل بيته بمنزلة قرابته .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . انتهى .

وقال الخرقي : يعطى من قبل أبيه وأمه . واختار أبو محمد الجوزي : أن أهل بيته كقرابة أبويه .

وقيل : أهل بيته ذو[1] رحمه .

وعنه : أن أزواجه من أهله ومن أهل بيته .

وأما القوم والنسباء . فقال في « الإنصاف » : عند قول « المقنع » وقومه ونسباؤه كقرابته : هذا المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . انتهى.

وقيل : قول الواقف : على قومي أو على نسبائي كقوله على ذوي رحمي .

وقيل : إن قال : أهل بيتي أو قومي : فهو من قبل الأب . وإن قال : لنسبائي : فمن قبل الأب والأم .

وقال ابن الجوزي : القوم للرجال دون النساء . وأنهم سموا قوماً ؛ لقيامهم بالأمور .

وأما الـ« آل » فقال في « الإنصاف » : فائدة : آله[2] كأهل بيته خلافاً ومذهباً . ثم قال : وذُكر عن القاضي في دخول الزوجات هنا وجهين . واختار الحارثي الدخول وهو الصواب . والسنة طافحة بذلك . انتهى .

---

(١) في أ : وذو .

(٢) في أ : آل .

وأما كون الأهل من غير إضافة إلى البيت كإضافته إليه ؛ فقد صرح به المجد . نقله عنه في « الإنصاف » .

(و) من وقف (**على ذوي رحمه : فـ**) إنه يكون (**لكل قرابة له**) أي : للواقف (**من جهة الآباء**) . سواء كانوا عصبة ؛ كالآباء والأعمام وبنوهم ، أو لا ؛ كالعمات وبنات العم .

(و) لكل قرابة له من جهة (**الأمهات**) ؛ كأمه وأبيها وأخواله وأخوالها وخالاته وخالاتها ؛ لأن القرابة من جهة الأم أكثر استعمالاً . فإذا لم يجعل ذلك مرجحاً فلا أقل أن لا يكون مانعاً .

ولكل قرابة له من جهة (**الأولاد**) ؛ كابن بنته وابن بنت ابنه ونحوهما ؛ لأن الرحم يشمله .

وذكر القاضي : في ذي الرحم مجاوزته للأب[1] الخامس : قلت : وليس ذلك مخالفاً لمن لم يذكره بل عموم كلام الأصحاب يشمله . والله أعلم .

(و) من قال : وقفت هذا (**على الأيامى . أو**) قال : وقفته على (**العُزَّاب : فـ**) إنه يكون (**لمن لا زوج له من رجل وامرأة**) .

قال في « الإنصاف » : قال الشارح : ذكره أصحابنا . انتهى .

ووجهه[2] : أن الأيامى تقع في اللغة على الذكور كما تقع على الإناث . قال الله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ [النور : ٣٢] .

ومنه قول سعيد بن المسيب : « تأيمت حفصة بنت عُمر من زوجها » . وأيم عثمان من رقية . فهو كاليتامى للذكور والإناث من غير التفات إلى تأنيث اللفظ . قال الشاعر :

فإن تنكحي أنكح ، وإن تتأيمي   وإن كنت أيمى منكموا أتأيم

---

(١) في ج : متجاوزته الأب .
(٢) في أ : ووجه .

وكذا العزاب يقال : رجل عزب وامرأة عزب .

قال ثعلب : وإنما سمي عزباً ؛ لانفراده . وكل شيء انفرد فهو عزب . وذكر أنه لا يقال : أعزب . ورد عليه بأنها لغة . حكاها الأزهري عن أبي حاتم.

وفي « صحيح البخاري » عن ابن عمر « وكنت شاباً أعزب »[1] .

ولا فرق في ذلك بين البكر وغيره .

قال في « الفروع » : والعزب والأيم غير المتزوج .

وقيل : العزب لرجل والأيم لامرأة .

وفي « التبصرة » : الأيامى من النساء البُلَّغ . انتهى .

وقيل : لا يكون الأيم إلا بكراً . ذكره في « المبدع » .

(**والأرامل**) جمع أرملة : (**النساء اللاتي فارقهن أزواجهن**) . نص عليه ؛ لأنه المعروف بين الناس . ولذلك قال جرير :

هذي[2] الأرامل قد قضّيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

فأطلق الأول حيث أراد به الإناث ؛ لأنه موضوع له . ووصفه في الثاني بالذكر ؛ لأنه لو أطلقه لم يفهم .

وقيل : هو للرجال والنساء .

وفي « تعليق القاضي » : الصغيرة لا تسمى أيماً ولا أرملة عرفاً . وإنما ذلك صفة للبالغ .

(**وبِكْر وثيِّب وعانِس وأُخُوَّة وعمومة : لذكر وأنثى**) .

قال في « الفروع » : وإخوته وعمومته لذكر وأنثى ؛ كعانس وبكر . ويتوجه وجه : وتناوله لبعيد كولد ولد .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٤٢٩) ١ : ١٦٩ أبواب المساجد . باب نوم الرجال في المسجد .

(٢) في ب : هذه .

وقال ابن الجوزي : يقال : رجل أيم وامرأة أيم . ورجل أرمل وامرأة أرملة . ورجل بكر وامرأة بكر : إذا لم يتزوجا . ورجل ثيب وامرأة ثيب : إذا كانا قد تزوجا . انتهى .

قال في « الإنصاف » : وأما الثيوبة فزوال البكارة . قاله المصنف ومن تبعه وأطلق .

وقال ابن عقيل : زوال البكارة بزوجية من رجل وامرأة . انتهى .

ومن وقف شيئاً على رهط من قبيلته[1] أو على نفر منهم : فقال في « الفروع » : والرهط لغة ما دون العشرة من الرجال خاصة ولا واحد له من لفظه . والجمع : أرهط وأرهاط وأراهط وأراهيط[2] .

وقال في « كشف المشكل » : الرهط ما بين الثلاثة إلى العشرة . وكذا قال : النفر من ثلاثة إلى عشرة . انتهى .

(**وإن وقف**) إنسان شيئاً على أهل قريته (**أو وصَّى**) به (**لأهل قريته ، أو**) لـ (**قرابته ، أو إخوته ، ونحوهم**) من سائر ألفاظ العموم ؛ كجيرانه وأعمامه : (**لم يدخل**) فيهم (**من يخالف دينه**) أي : دين الواقف أو الموصي ؛ لأن الله تعالى لما أطلق آية الميراث لم تشمل المخالف . فكذا هنا .

ولأن الظاهر من حال الواقف أو الموصي أنه لم يرد من يخالف دينه . سواء كان كافراً أو مسلماً .

(**إلا**) بتصريحه بدخولهم أو (**بقرينة**) دالة على إرادتهم . فلو كانوا كلهم مخالفين لدين الواقف أو الموصي دخلوا كلهم ؛ لأن عدم دخولهم يؤدي إلى دفع اللفظ بالكلية .

وقيل : يدخل المخالف المسلم دون غيره .

---

(١) في ب : قبيلة .
(٢) في ج : وأرهيط .

وقيل : والكافر المخالف لدين الواقف الكافر أو الموصي الكافر ، بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض .

(و) من وقف (**على مواليه وله مَوال من فوق**) وهم : من أعتقوه ، (**ومن أسفل**) وهم : من أعتقهم : (**تناول**) اللفظ (**جميعهم**) ، واستووا في الاستحقاق إن لم يفضل بعضهم على بعض ؛ لأن الاسم يشملهم على السواء .

وقال ابن حامد : يختص الموالي من فوق ؛ لأنهم أقوى عصبة بدليل ثبوت الميراث لهم . واختار الحارثي اختصاصه بالموالي من أسفل قال : لأن العادة جارية بإحسان المعتقين إلى العتقاء .

(**ومتى عدم**) أي : انقرض (**مواليه : فلعصبتهم**) أي : عصبة مواليه . قدمه في « الرعايتين » .

وقيل : لوارثه بولاء .

وقيل : كمنقطع الآخر . قطع به في « الرعاية » بعد عصبة الموالي ، وأطلقهن في « الفروع » .

(**ومن لم يكن له مولى**) حين قال : وقفت على موالي : (**فـ**) ذلك (**لموالي عصبته**) . قدمه في « الفائق » و« الحاوي الصغير » ؛ لأن الاسم يشملهم مجازاً مع تعذر الحقيقة .

وقال الشريف أبو[1] جعفر : يكون لموالي أبيه . واقتصر عليه الشارح .

وعلم مما تقدم أن الواقف لو كان له موال ثم انقرضوا لم يرجع من الوقف شيء لموالي عصبته ؛ لأن الاسم تناول غيرهم . فلا يعود إليهم إلا بعقد . ولم يوجد .

قال في « الفروع » : ولا شيء لموالي عصبته إلا مع عدم مواليه ابتداء . انتهى .

---

(١) في أ : ابن .

وكلامه في « الإنصاف » في هذا الموضع فيه نظر . والله أعلم .

وإن وقف إنسان شيئاً (**على جماعة يمكن حصرهم**) ؛ كبنيه وإخوته أو بني فلان وليسوا بقبيلة ، أو مواليه أو موالي غيره : (**وجب تعميمهم**) بالوقف (**والتسوية بينهم**) فيه ؛ لأن اللفظ يقتضي ذلك وقد أمكن الوفاء به . فوجب العمل بمقتضاه ؛ (**كما لو أقر لهم**) إنسان بشيء فإنهم يستوون فيه . وقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾ [النساء : ١٢] يوضح ذلك .

(**ولو أمكن**) التعميم (**ابتداء ، ثم تعذر**) بكثرة أهله ؛ (**كوقف علي رضي الله تعالى عنه : عُمّم من أمكن**) منهم ، (**وسُوي بينهم**) وجوباً ؛ لأن التعميم والتسوية كانا واجبين في الجميع . فإذا تعذر في بعض وجبا فيما لم يتعذر فيه ؛ كالواجب الذي يعجز عن بعضه .

(**وإلا**) أي : وإن لم يكن الوقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم ؛ كقريش أو بني تميم أو المساكين : لم يجب تعميمهم إجماعاً ؛ لأنه متعذر .

و (**جاز التفضيل**) بينهم ؛ لأنه إذا جاز حرمان بعضهم جاز تفضيل غيره عليه .

(**و**) جاز (**الاقتصار على واحد**) منهم ؛ لأن مقصود الواقف عدم مجاوزة الجنس ، وذلك يحصل بالدفع إلى واحد منهم .

ومحل ذلك : (**إن كان ابتداؤه**) أي : الوقف (**كذلك**) أي : كما مثلنا ؛ كالوقف على قريش وبني تميم .

أما إذا لم يكن ابتداؤه كذلك ؛ كمن وقف على أولاده فصاروا قبيلة . فإنه يسوى بين من أمكن منهم . وتقدم التنبيه على ذلك .

(**و**) إن وقف إنسان شيئاً (**على الفقراء ، أو**) قال : على (**المساكين : يتناول الآخر**) أي : أن من وقف على الفقراء يتناول لفظه المساكين ، ومن وقف

على المساكين يتناول لفظه الفقراء ؛ لأنه لا يفرق بينهما في المعنى إلا إذا اجتمعا في الذكر .

وقيل : لا يتناول أحدهما الآخر .

(**ولا يُدفع إلى**) إنسان (**واحد**) من الموقوف عليهم (**أكثر مما يُدفع إليه من زكاة ، إن كان**) الوقف (**على صنف من أصنافها**) أي : الزكاة كالرقاب والغارمين ؛ لأن المطلق من كلام الآدمي يحمل على المعهود في الشرع فيعطى فقير ومسكين تمام كفايتهما مع عائلتهما سنة . ومكاتب وغارم ما يقضيان به دينهما فقط . وهكذا بقية الأصناف .

وقيل : إن كان الوقف على أصناف الزكاة الثمانية أعطي لكل صنف ثُمُنه .

(**ومن**) أي : وأيُّ إنسان (**وُجد فيه صفات**) ؛ كما لو كان ابن سبيل وغارماً وفقيراً : (**استحق بها**) أي : بصفاته الثلاث . فيعطى ما يقضي به دينه ، وما يصل به إلى بلده ، وتمام كفايته مع عائلته سنة ؛ كالزكاة .

(**وما يأخذ الفقهاء**[1] **منه**) أي : من الوقف ؛ (**كرزق من بيت المال . لا كجعل ، ولا كأجرة**) .

قال في « التنقيح » : في أصحها .

قال في « الفروع » : وما يأخذه الفقهاء[2] من الوقف هل هو كإجارة أو جُعالة ؟ واستحق ببعض العمل ؛ لأنه يوجب العقد عرفاً . أو هو كرزق[3] من بيت المال ؟ فيه أقوال . قاله[4] شيخنا . واختار هو الأخير . انتهى .

قال الشيخ تقي الدين : وما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة بل رزق للإعانة على الطاعة . وكذلك المال الموقوف على أعمال البر والموصى به أو المنذور له ليس كالأجرة والجُعل . انتهى .

---

(١) في أ : الفقراء .

(٢) في أ : الفقراء .

(٣) في أ : أو لرزق .

(٤) في أ : قال .

وقال القاضي في « خلافه » ولا يقال : أن منه ما يؤخذ أجرة عن عمل ؛ كالتدريس ونحوه ؛ لأنا نقول أولًا : لا نسلم أن ذلك أجرة محضة ، بل هو رزق وإعانة على العلم بهذه الأموال . انتهى[1] .

وهو موافق لما اختاره الشيخ تقي الدين .

قلت : وعلى الأقوال الثلاثة حيث كان الاستحقاق بشرط . فلابد من وجوده . والله أعلم .

(و) إن وقف إنسان شيئاً (**على القُرَّاء : فللحفَّاظ . وعلى أهل الحديث : فلمن عرفه**) .

قال في « الفروع » : والقرَّاء الآن حفاظه . وقال قبل ذلك : وأهل الحديث من عرفه .

(**وعلى العلماء : فلحملة الشرع**) . قال في « الفروع » : والعلماء حملة الشرع .

وقيل : من تفسير وحديث وفقه ولو أغنياء . انتهى .

وذكر ابن رزين : فقهاء ومتفقهه ؛ كعلماء . ولو حفظ أربعين حديثاً لا بمجرد السماع . انتهى .

وقيل : يختص به منهم من كان يصله الواقف .

(و) إن وقف إنسان شيئاً (**على سُبُل الخير : فلمن أخذ من زكاةٍ لحاجةٍ**) ؛ كالفقير والمسكين وابن السبيل .

قال في « الإنصاف » : ذكره في « المجرد » وقدمه في « الفروع » .

وقال أبو الوفاء : يعم . فيدخل فيه الغارم للإصلاح .

قال القاضي وابن عقيل : ويجوز لغني قريب . انتهى .

ومن وقف على أعقل الناس فقال في « الفروع » : يتوجه أن أعقل الناس : الزهاد .

---

(١) ساقط من أ .

وقال ابن الجوزي : ليس من الزهد ترك ما يقيم النفس ويصلح أمرها ويعينها على طريق الآخرة . فإنه زهد الجهال . وإنما هو ترك فضول العيش وما ليس بضرورة في بقاء النفس . وعلى هذا كان النبي ﷺ وأصحابه .

قال شيخنا : الإسراف في المباح هو : مجاوزة الحد وهو من العدوان المحرم . وترك فضولها من الزهد المباح . والامتناع منه مطلقاً كمن يمتنع من اللحم والخبز أو الماء أو لبس الكتان والقطن أو النساء[١] : فهذا جهل وضلال . والله أمر بأكل الطيب والشكر له ، والطيب ما ينفع ويعين على الخير . وحرم الخبيث وهو ما يضر في دينه . انتهى كلامه في « الفروع » .

ومن جعل وقفه في أبواب البر شمل القرب كلها .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب .

قال في « الفروع » : وأفضلها الغزو ، ويُبدأ به . نص عليه .

ويتوجه ما تقدم في أفضل الأعمال . والرقاب والغارمون وفي سبيل الله وابن السبيل مصارف الزكاة . فيعطى في فداء الأسرى لمن يفديهم .

قال شيخنا : أو يوفَّى ما استدين فيهم ؛ « لأن النبي ﷺ كان تارة يستدين لأهل الزكاة ثم يصرفها لأهل الدَّين » .

فعلم أن الصرف وفاء كالصرف أداءً .

قال : ويعطى من صار مستحقاً قبل القسمة .

وذكر القاضي و« الترغيب » : أن : ضَعْ ثلثي حيث أراك الله أو في سبيل الله : البر والقربة لفقير ومسكين وجوباً . والأصح لا لفقراء[٢] قرابته . مع أن قريباً لا يرثه أحق فيبدأ بهم . نص عليه .

قال شيخنا : ولهذا في وجوب وصيته لهم الخلاف . فدل أن مسألتنا كهي .

---

(١) في أ : والنساء .

(٢) في أ : والأصح الفقراء .

وقال أحمد في الماء الذي يسقى في السبيل : يجوز للأغنياء الشرب منه .

قيل لأحمد : أوصى بمال في السبيل فدفع إلى قرابة له في الثغر يغزو به ؛ ولعل في الثغر أشجع منه ، ولو لم يكن قريباً لم يعط المال كله أيأخذه ؟ فلم يرى بأخذه بأساً .

قيل له : بعث بمال لقرابة له بالثغر يغزو به ترى له يرده أو يقبله ؟ قال : القرابة غير البعيدة[1] ، وإذا بعث إليه بمال وقد كان أشرفت نفسه فلا بأس برده . وكأنه اختار رده .

قيل له : أوصى لفلان بكذا يشتري به فرساً يغزو به ويدفع بقيته إليه فغزا ثم مات . قال : هو له يورث عنه . انتهى كلامه في « الفروع » .

(**ويشمل جمعُ مذكر سالم**) ؛ كالمسلمين (**وضميرُه : الأنثى . لا عكسه**) أي : لا جمع المؤنث السالم وضميره فإنه لا يشمل الذكر .

وقيل : لا يشمل جمع المذكر السالم الأنثى كعكسه .

قدم المجزوم به في المتن في « الفروع » .

وقال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب .

(و) إن قال (**لجماعة أو لجمع : من الأقرب إليه : فثلاثة . ويتممُ**) الجمع (**مما بعد الدرجة الأولى**) . فلو وقف على جمع من الأقرب إليه وله ولدان وأولاد ابن : فيُتمّم الجمع الذي هو ثلاثة بواحد من أولاد الابن يخرج بالقرعة ويعطى ريع الوقف للثلاثة .

(**ويشمل أهلَ الدرجة وإن كثُروا**) . قاله في « الفروع » . ثم قال : ويتوجه في جماعة اثنان ؛ لأنه لفظ مفرد . وقد قال صاحب « المحرر » : أقل الجمع فيما له تثنية خاصة ثلاثة .

---

(١) في أ و ب : البعيد .

وفي « البلغة » : يجب حضور واحد الرجم عند أصحابنا وعندي اثنان ؛ لأن الطائفة الجماعة وأقلها اثنان .

ويتوجه وجه في لفظ الجمع : اثنان . وذكره جماعة .

وقال في « كشف المشكل » في الخبر التاسع من مسند عمر في قوله : ﴿ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ﴾ [التحريم : ٤] . أي : زاغت عن الحق وعدلت . وإنما قال ﴿ قُلُوبُكُمَا ﴾ ؛ لأن كل اثنين فما فوقهما جماعة .

قال سيبويه : والعرب تقول : وضعا رحالهما . يريدون رحلي راحلتيهما .

ولفظ النساء ثلاثة على ظاهر ما سبق . وسبق كلام صاحب « المحرر » .

وفي « عيون المسائل » وغيرها[١] : فيما إذا ظاهر من أربع نسوة وقد احتج بالآية ، قال : والنساء إنما يكنّ فوق الثلاث كذا قال . انتهى كلامه في « الفروع » .

(ووصيةٌ كوقف) .

قال في « الفروع » : في جميع ذلك . نقل جماعة : فيمن أوصى بصدقة طعام هل يجوز للوصي دفع قيمته ؟ قال : لا . إلا ما أوصى .

وجعله في « الانتصار » وفاقاً .

قال أحمد : والوصايا ينتهى فيها إلى ما أوصى به الموصي .

ونقل صالح وابن هانىء : فيمن وصى في مرضه فقال : صيرت داري هذه لولد أخي وولد أختي على أن يسكنوها ينفذ في ثلثه على ما سمى .

ونص فيمن أوصى بصدقة في أبواب بغداد يفعل .

ونص فيمن قال : اعتقوا رقبة ولو كافرة لا يعتق إلا مسلماً .

ونص فيمن أوصى بكفارات غداء أو عشاء أعجب إليَّ كما أوصى .

---

(١) في أ و ب : وغيرهما .

ولو أوصى في المساكين لم يجز في غزو وغيره بل يعطى المساكين كما أوصى . نص عليه .

وفي « الوسيلة » : من أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره فله إيجارهما . أومأ إليه .

ونقل حرب فيمن أوصى لأجنبي وله قرابة لا يرثه محتاج : يُرد إلى قرابته .

وذكر شيخنا رواية : له ثلثها ، وللموصى له ثلثاها .

ونقل صالح وأبو طالب والجماعة الأول كما وصى . واحتج بـ « أن النبي ﷺ أجاز[1] وصية الذي أعتق »[2] .

والأصح دخول وارثه في وصيته ؛ لقرابته . خلافاً للـ« مستوعب » . ومن لم يجز من الورثة بطل في نصيبه .

ولو وصى بعتق أمة فأنثى ، والعبد ذكر ، وقيل : أو أنثى . وفي خنثى غير مشكل : وجهان .

ولو وصى بأضحية أنثى أو ذكر فضحوا بغيره خيراً منه : جاز . وعلله ابن عقيل بزيادة خير في المخرج . انتهى كلامه في « الفروع » .

(**لكنها**) أي : الوصية (**أعمُّ**) من الوقف .

قال في « الإنصاف » عند قوله في « المقنع » : والوصية كالوقف في هذا الفصل : هذا صحيح . لكن الوصية أعم من الوقف على ما يأتي . والله أعلم .

***

---

(١) في أ : جاز .

(٢) عن عمران بن حصين . « أن رجلاً أعتق ستة أعُبدٍ عند موته . ولم يكن له مال غيرهم . فبلغ ذلك النبي ﷺ . فقال له قولاً شديداً . ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء . فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » .
أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٩٥٨) ٤ : ٢٨ كتاب العتق . باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث .

[فصل : في مسائل من الوقف]

(**فصل**) يذكر فيه مسائل من أحكام الوقف . وما يفعل به إذا تعطل نفعه وغير ذلك .

(**والوقف عقدٌ لازم**) بمجرد القول ؛ لأنه تبرع يمنع البيع والهبة . فلزم بمجرده ؛ كالعتق .

قال في « التلخيص » وغيره : وحكمه اللزوم في الحال . أخرجه مخرج الوصية أو لم يخرجه . حَكم به حاكم أو لا ؛ لقوله ﷺ : « لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث »[1] .

قال الترمذي : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم وإجماع الصحابة على ذلك .

ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية . فإذا نجزه في الحياة لزم من غير حكم ؛ كالعتق .

(**لا يُفسخ بإقالة ولا غيرها**) ؛ لأنه عقد يقتضي التأبيد . فكان من شأنه ذلك .

(**ولا يُباع**) أي : يحرم بيعه . ولا يصح . وكذا المناقلة به . (**إلا أن تتعطل منافعه المقصودة**) منه (**بخراب ، ولم يوجد ما يُعمَّر به أو غيره**) . حتى (**ولو**) كان الموقوف (**مسجداً**) وتعطل النفع المقصود منه (**بضيقٍ على أهله**) .

قال في « الفروع » : ولو بضيق مسجد . نص عليه . انتهى .

قال في « المغني » : ولم يمكن توسعته في موضعه .

---

(١) سبق تخريجه من حديث عمر ص (١٥٨) رقم (٤) .

(أو) كان تعطيل نفع المسجد من أجل (**خراب مَحَلَّته**) .

قال في « الإنصاف » : نقله عبد الله ، وهذا هو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب .

(أو) كان الموقوف (**حبيساً لا يصلح لغزو : فيباع**) .

نقل أبو داود : أنه سئل عن مسجد فيه خشبتان لهما ثمن تَشَعَّث وخافوا سقوطه . أتُباعان وينفق على المسجد ويبدل مكانهما جذعين؟ قال : ما أرى[1] به بأساً . واحتج بدواب الحبس التي لا ينتفع بها تباع ويجعل ثمنها في الحبس .

قال في رواية صالح : يُحوِّل المسجد خوفاً من اللصوص . وإذا كان موضعه قذراً . قال القاضي : يعني : إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه .

ووجه ذلك كما قال ابن عقيل : أن الوقف مؤبد . فإذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى . واتصال الإبدال جرى مجرى الأعيان . وجمودنا مع العين مع تعطلها تضييع للغرض . ويَقْرب هذا من الهدي إذا عطب فإنه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع . فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفي منه ما أمكن . وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره ؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع به بالكلية . وهكذا الوقف المعطل المنافع .

قال في « الفروع » : وقولهم : بِيع أي يجوز نقله . وذكره جماعة . ويتوجه : إنما قالوه للاستثناءُ مماً لا يجوز . وإنما يجب ؛ لأن الولي يلزمه فعل المصلحة . وهو ظاهر رواية الُميموني وغيرها .

قال القاضي وأصحابه والشيخ : ولأنه استبقاء[2] للوقف بمعناه . فوجب ؛ كإيلاد أمة موقوفة أو قتلها . وكذا قال شيخنا مع الحاجة : تجب بالمثل .

---

(١) في أ : روى .

(٢) في ب : استيفاء .

وبلا حاجة يجوز بخير منه ؛ لظهور المصلحة . ولا يجوز بمثله ؛ لفوات التغيير بلا حاجة . انتهى .

وعلم مما تقدم أن الوقف إذا لم تتعطل منافعه المقصودة منه : لم يجز بيعه ولا المناقلة به مطلقاً . نص عليه .

قال في « المغني » : وإن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية لكن قلّت وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف : لم يجز بيعه ؛ لأن الأصل تحريم البيع . وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله . ومع الانتفاع وإن قل ما يضيع المقصود . انتهى .

لكن قال ابن رجب في القاعدة الثالثة والأربعين بعد المائة : وفي إبدال الوقف مع عمارته بخير منه روايتان . انتهى .

ويشهد لمنع البيع[١] والمناقلة مع الانتفاع به ما نقل علي بن سعيد : لا يستبدل به ولا يبيعه . إلا أن يكون بحال لا يُنتفع به .

ونقل أبو طالب : لا يغير عن حاله ولا يباع . إلا أن لا يُنتفع منه بشيء .

قال في « الفروع » : وجوزهما شيخنا لمصلحة . وأنه قياس الهدي . وذكره وجهاً في المناقلة . وأومأ إليه أحمد .

ونقل صالح : نقل المسجد لمصلحة الناس ، ونصه : تجديد بنائه لمصلحته .

وعنه : برضى جيرانه .

وعنه : يجوز شراء دور مكة لمصلحة عامة . فيتوجه هنا مثله .

قال شيخنا : جوَّز جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحته ؛ كجعل الدور حوانيت والحكورة المشهورة . ولا فرق بين بناء ببناء وعرصة بعرصة . وقال فيمن وقف كروماً على الفقراء يحصل على جيرانها به ضرر : يعوض عنه بما لا[٢] ضرر فيه على الجيران ، ويعود الأول ملكاً والثاني وقفاً . انتهى .

---

(١) في أ : المبيع .

(٢) في أ و ب : بلا .

وعنه : لا تباع المساجد . لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر .

وعنه : لا يباع وقف مطلقاً . لكن تنقل آلته .

وعلى المذهب حيث صار بصفة مسوغة للبيع فإنه يباع .

(**ولو شرط**) واقفه (**عدم بيعه ، وشرطه**) إذاً (**فاسد**) .

قال في « الفروع » : في المنصوص . نقله حرب وعلل بأنه ضرورة ومنفعة لهم . ويتوجَّه على تعليله : لو شرط عدمه عند تعطيله .

(**و**) حيث بِيع وقف بشرطه فإنه (**يصرف ثمنه في مثله أو بعض مثله**) .

قال في « الفروع » : قاله أحمد ، وقاله في « التلخيص » وغيره كجهته . واقتصر في « المغني » على ظاهر الخرقي أو نفع غيره .

ونقل أبو داود : في الحبيس : أو ينفق ثمنه على الدواب الحبس . انتهى .

وعنه : يصرفه على الدواب الحبس أو يصرف ثمنه في مثله . وظاهره التخيير .

(**ويصح بيع بعضه**) أي : بعض الموقوف (**لإصلاح باقيه**) . وتقدم نصه في رواية أبي داود في بيع خشبتي المسجد[1] .

ولأنه إذا جاز بيع الكل عند الحاجة . فبيع البعض مع بقاء البعض أولى .

ومحل ذلك : (**إن اتحد الواقف والجهة ، إن كان**) الوقف (**عينين**) ؛ كدارين خربتا بيعت إحداهما ليعمر بثمنها الأخرى . (**أو**) كان (**عيناً**) واحدة (**ولم تنقص القيمة**) بالتشقيص . (**وإلا**) أي : وإن لم يوجد ذلك بأن نقصت القيمة بالتشقيص (**بِيع الكل**) .

قال في « الفروع » : وفي « المغني » : ولو أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته بِيع وإلا بيع جميعه . ولم أجده لأحد قبله . والمراد : مع اتحاد الواقف كالجهة . ثم إن أراد عينين ؛ كدارين فظاهر . وكذا عيناً واحدة ولم تنقص القيمة

---

(١) ص (٢٥٤) .

بالتشقيص . فإن نقصت توجّه البيع في قياس المذهب ؛ كبيع وصي لدين ، أو حاجة صغير . بل هذا أسهل ؛ لجواز تغيير[1] صفاته لمصلحة وبيعه على قول . انتهى .

(**ولا يُعمَّر وقف من آخر**) .

قال في « الإنصاف » بعد نقله لكلام صاحب « الفروع » : وقول صاحب « الفروع » : والمراد : مع اتحاد الواقف : ظاهر في أنه لا يجوز عمارة وقف من وقف آخر على جهته .

(**وأفتى**) الشيخ (**عُبادة**) من أئمة أصحابنا : (**بجواز عمارة وقف من رَيْع**) وقف (**آخر ، على جهته**) . ذكره ابن رجب في « طبقاته » في ترجمته .

قال (**المنقح**) في « التنقيح » : (**وعليه العمل**) . وعبارته في « الإنصاف » قلت : وهو قوي ، بل عمل الناس عليه . لكن قال شيخنا ـ يعني : ابن قندس ـ في « حواشي الفزوع » : إن كلامه في « الفروع » أظهر .

وقال الحارثي : وما عدا المسجد من الأوقاف : يباع بعضه لإصلاح ما بقي . انتهى .

(**ويجوز نقضُ منارة مسجد وجعلها في حائطه ؛ لتحصينه**) . نص عليه في رواية محمد بن الحكم ؛ لتحصينه من الكلاب .

(**و**) يجوز أيضاً (**اختصارُ آنية**) موقوفة ؛ كقدور وقرب ونحوهما إذا تعطلت ، (**وإنفاق الفضل**) من ثمنها (**على الإصلاح**) . قاله الحارثي . وعبارته التي حكاها عنه في « الإنصاف » أنه قال : يجوز اختصار الآنية إلى أصغر منها إذا تعطلت وإنفاق الفضل على الإصلاح ، وإن تعذر الاختصار احتمل جعلها نوعاً آخر مما هو أقرب إلى الأول ، واحتمل أن يباع ويصرف في آنية مثلها وهو الأقرب . انتهى .

قال في « الإنصاف » عقب ذلك : قلت : وهو الصواب .

---

(١) في أ : تعيين .

إذا تقرر هذا فللأصحاب اثنا عشر طريقاً فيمن يلي بيعه . اثنان منها : فيما إذا كان الوقف على سبل الخيرات ؛ كالمساكن والمساجد والقناطر ونحو ذلك أشير إلى المعتمد منها بقوله :

(**ويبيعه حاكم : إن كان على سُبُل الخيرات**) .

قال الأكثر : قولاً واحداً . وقطع به صاحب « الرعاية » في كتاب الوقف والحارثي والزركشي في كتاب الجهاد . وقال : نص عليه .

قال في « المغني » بعد أن ذكر النص على جواز بيع عرصة المسجد : وتكون الشهادة في ذلك على الإمام . انتهى .

ووجه ذلك : أنه فسخٌ لعقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً فتوقف على الحاكم كما قيل في الفسوخ للمختلف فيها .

والطريق الثاني : أن الناظر الخاص يليه إن كان ثم الحاكم . جزم به في « الرعاية الكبرى » في كتاب البيع .

قال في « الإنصاف » : بعد حكايته قلت : وهو الصواب .

(**وإلا**) أي : وإن لو يكن الوقف على سُبُل الخيرات بـأن كان على شخص معين أو جماعة معينين أو من يؤم أو يؤذن أو يبيت في هذا المسجد ونحو ذلك : (**فـ**) يبيعه على الطريق المعتمد من العشرة (**ناظر خاص**) إن كان . قال بعضهم : قولاً واحداً .

قال الزركشي : إذا تعطل الوقف فإن الناظر فيه يبيعه ويشتري بثمنه ما فيه منفعة يرد على أهل الوقف . نص عليه وعليه الأصحاب .

قال في « الفائق » : ويتولى البيع ناظره الخاص . حكاه غير واحد وجزم به في « التلخيص » و« المحرر » . فقال : يبيعه الناظر فيه . انتهى .

الطريق الثاني من العشرة : يليه الموقوف عليه .

قال في « الهداية » : فإن تعطلت منفعته فالموقوف عليه بالخيار بين النفقة عليه وبين بيعه وصرف ثمنه في ملكه . وكذا قال ابن عقيل في « فصوله » وابن

البنا في « عقوده » وابن الجوزي في « المذهب » و« مسبوك الذهب » والسامري في « المستوعب » وأبو المعالي بن منجى في « الخلاصة » وابن أبي المجد في « مصنفه » . وقدمه في « الرعاية الصغرى » فقال : وما بطل نفعه فلمن وقف عليه بيعه قلت : إن ملكه .

وقيل : بل لناظره بيعه بشرطه . انتهى .

وقدمه أيضاً في « الحاوي الصغير » .

الطريق الثالث : يليه الحاكم قولاً واحداً . وهو قول الحلواني في « التبصرة » .

الطريق الرابع : يليه الناظر الخاص فإن لم يكن له ناظر خاص فالحاكم قولاً واحداً . قاله صاحب « التلخيص » .

الطريق الخامس : هل يليه الناظر الخاص ـ وهو المقدم ـ أو الموقوف عليه ؟ فيه وجهان ، وهذا عند الناظم .

الطريق السادس : هل يليه الموقوف عليه ـ وهو المقدم ـ أو إن قلنا : يملكه ـ واختاره ـ أو الناظر ؟ على ثلاثة أقوال ، وهذا في « الرعاية الصغرى » .

الطريق السابع : هل يليه الموقوف عليه ـ وهو المقدم ـ أو الناظر ؟ فيه وجهان ، وهذا في « الحاوي الصغير » .

الطريق الثامن : هل يليه الناظر الخاص ، إن كان ـ وهو المقدم ـ ، أو الحاكم ؟ . حكاه في « الرعاية الكبرى » في كتاب الوقف . فيه قولان . وإن لم يكن ناظر خاص فهل يليه الحاكم . ـ وهو المقدم في كتاب البيع ـ؟ وذكره نص أحمد ، أو الموقوف عليه ؟ ـ وهو المقدم في كتاب الوقف ـ أو إن قلنا يملكه ، واختاره ؟ على ثلاثة أقوال .

الطريق التاسع لصاحب « الفروع » وهو : هل يليه الحاكم مطلقاً ـ وهو المقدم ـ أو الموقوف عليه ؟ على وجهين .

الطريق العاشر لصاحب « الفائق » وهو: هل يليه الناظر الخاص إن كان. فإن لم

يكن فهل يليه الحاكم ، أو الموقوف عليه إن قلنا : يملكه ؟ على وجهين مطلقين .

هكذا عدها في « الإنصاف » . وترجع إلى تسعة ، فإن الأول هو الرابع بدون قوله : قولًا واحداً على ما جزم به الحارثي . وقدمه في « الرعاية الكبرى » في كتاب البيع ، وذكره نص أحمد .

وقيل : على الأول إن لم يكن له ناظر خاص يليه الموقوف عليه مطلقاً .

وقيل : إن قلنا : يملكه .

قال في « الإنصاف » : ولعله مراد من أطلق . والله أعلم .

(و) على الأول : وهو أن الناظر الخاص يلي بيعه (**الأحوط إذْنُ حاكم له**) . قاله في « التنقيح » .

ووجهه : أنه يتضمن البيع على من سينتقل إليهم بعد الموجودين الآن . أشبه البيع على الغائب .

(**وبمجرد شراء البدل يصير وقفاً ؛ كبدل أضحية ورهنٍ أتلف**) .

قال الحارثي عند قول المصنف في وطء الأمة الموقوفة : إذا أولدها فعليه القيمة يشتري بها مثلها يكون وقفاً : ظاهره أن البدل يصير وقفاً بمجرد الشراء . انتهى .

قال في « الإنصاف » عقب نقله لكلام الحارثي : قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب هنا ؛ لاقتصارهم على بيعه وشراء بدله .

وصرح به في « التلخيص » فقال في كتاب البيع : ويصرف ثمنه في مثله ويكون وقفاً كالأول .

[وصرح به أيضاً في « الرعاية » في موضعين . فقال : فلناظره الخاص بيعه وصرف ثمنه في مثله ، أو بعض مثله[1] ويكون ما اشتراه وقفاً كالأول][2] .

---

(١) في أ : ثمنه .
(٢) ساقط من ب .

وقال في أثناء الوقف : فإن وطىء فلا حد ولا مهر .

ثم قال : وهي أم ولده تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته ، تصرف في مثله ، تكون بالشراء وقفاً مكانها . وهذا صريح بلا شك .

وقال الحلواني في كتابه « المبتدىء » : وإذا خرب الوقف وانعدمت منفعته : بيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف ، وكان وقفاً كالأول .

وقال في « المبهج » : ويشترى بثمنه ما يكون وقفاً .

قال شيخنا الشيخ تقي الدين بن قندس البعلي في حواشيه على « المحرر » : الذي يظهر أنه متى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعي ولزم العقد : أنه يصير وقفاً ؛ لأنه كالوكيل في الشراء ، والوكيل يقع شراؤه للموكِّل . فكذا هذا يقع شراؤه للجهة المشترى لها ، ولا يكون ذلك إلا وقفاً . انتهى .

وهو الصواب . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

وقيل : لا بد من تجديد الوقفية بعد الشراء . وهو ظاهر كلام الخرقي .

قال الحارثي : وبه أقول ؛ لأن الشراء لا يصلح سبباً لإفادة الوقف فلا بد للوقف من سبب يقيده . انتهى .

(**والاحتياط وقفه**) . قاله في « التنقيح » ؛ لئلا ينقضه بعد ذلك من لا يرى وقفيته بمجرد الشراء .

فائدة :

قال في « الفروع » عن « الفنون » : لا بأس بتغيير حجارة الكعبة إن عرض لها مرمة ؛ لأن كل عصر احتاجت فيه إليه قد فعل ولم يظهر نكير ، ولو تعينت الآلة لم يجز ؛ كالحجر الأسود ، ولا يجوز نقله ، ولا يقوم غيره مقامه ، ولا ينتقل النسك معه ؛ كآي القرآن لا يجوز نقلها عن سورة هي منها ؛ لأنها لم توضع إلا بنص من النبي ﷺ لقوله : « ضعوها في سورة كذا »[1] .

---

(١) عن عثمان بن أبي العاص قال : « كنت عند رسول الله ﷺ إذ شخص ببصره ثم صوبه حتى كاد أن يلزقه=

قال : وقال العلماء : مواضع الآي من كتاب الله كنفس الآي ، ولهذا حسم ﷺ مادة التغيير في إدخال الحجر إلى البيت .

ويكره نقل حجارتها عند عمارتها إلى غيرها . كما لا يجوز صرف تراب المساجد لبناء في غيرها بطريق الأولى .

قال : ولا يجوز أن تعلى أبنيتها زيادة على ما وجد من علوها .

وأنه يكره الصلّ[1] فيها وفي أبنيتها إلا بقدر الحاجة .

ويتوجه جواز البناء على قواعد إبراهيم ؛ لأن النبي ﷺ لولا المعارض في زمنه لفعله ؛ كما في خبر عائشة[2] .

قال ابن هبيرة فيه : يدل على جواز تأخير الصواب لأجل قالة ورأي . خلافاً لمالك ووفاقاً للشافعي . وتركه أولى ؛ لئلا يصير ملعبة للملوك . انتهى .

(**وفضلُ غَلَّة**) شيء (**موقوف على معين**) ؛ كزيد وولده (**استحقاقُه مقدَّر**) ؛ كما لو قال الواقف : يعطى من أجرة هذه الدار في كل شهر عشرة دراهم ، وأجرة الدار أكثر من ذلك : (**يتعين إرصادُه**) أي : الفضل عن المقدر .

قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : فضل غلة الموقوف على معين تعين إرصادها . ذكره القاضي أبو الحسين .

= بالأرض قال : ثم شخص ببصره فقال : أتاني جبريل عليه السلام فأمرني أن أضع هذه الآية بهذا الموضع من هذه السورة : « ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ » .

أخرجه أحمد في « مسنده » (١٧٩٤٧) ٤ : ٢١٨ . ولم أره بالنص الذي ساقه المصنف .

(١) في ج : النقل . وفي « القاموس » : وصَلَّ المسمارُ صليلاً : ضرب فأكره أن يدخل في الشيء .

(٢) قال النبي ﷺ : « يا عائشة! لولا قَومُك حديث عهدهم ـ قال ابن الزبير ـ بكُفرٍ لنقضت الكعبة . فجعلت لها بابين . باب يدخل الناس وباب يخرجون » .

أخرجه البخاري في « صحيحه » (١٢٦) ١ : ٥٩ كتاب العلم . باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه . . .

قال الحارثي : وإنما يتأتى إذا كان المصرف مقدراً وهو واضح . انتهى .

(**ومن وقف**) شيئاً (**على ثَغْر فاختلَّ**) الثغر الموقوف عليه : (**صُرف**) ما كان يصرفه له (**في ثغر مثله**) .

قال في « الفروع » : ذكره الشيخ . انتهى .

قال في « التنقيح » : (**وعلى قياسه**) أي : قياس الثغر (**مسجد ورباط ، ونحوهما**) ؛ كسقاية .

(**ونص**) الإمام أحمد رضي الله تعالى عنه ورحمه في رواية حرب : (**فيمن وقف على قنطرة فانحرف الماء : يُرصد . لعله يرجع**) أي : الماء إلى القنطرة فيصرف عليها المرصد .

(**وما فضل عن حاجته**) أي : حاجة الموقوف عليه . سواء كان مسجداً أو رباطاً أو غيرهما : (**من حُصُر وزيت ومُغَلٍّ وأنقاض وآلة**) جديدة (**وثمنها**) أي : ثمن هذه الأشياء إن أبيعت : (**يجوز صرفه في مثله**) إن كان الفاضل عن مسجد ففي مسجد ، وإن كان عن رباط ففي رباط .

(**و**) يجوز صرفه أيضاً (**إلى فقير**) . نص عليه في رواية المروذي . واحتج بأن شيبة بن عثمان الحجبي كان يتصدق بخلعان الكعبة .

وروى الخلال بإسناده : أن عائشة أمرته بذلك .

وهذه قضية انتشرت ولم تنكر فكانت كالإجماع .

ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف . فجاز صرفه للفقراء . وخص أبو الخطاب والمجد الفقراء بفقراء جيرانه .

وعنه : لا يصرف لغيره لا لمثله ولا للفقراء .

وعنه : يصرف لمثله دون الفقراء .

واختار الشيخ تقي الدين جواز صرفه في مثله وفي سائر المصالح وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته . قال : وإن علم أن ريعه يفضل عنه وجب صرفه ؛ لأن بقاءه فساد . ولا مانع من إعطائه فوق ما قدره له الواقف ؛

لأن تقديره لا يمنع استحقاقه ؛ كغير مسجده . ومثله وقف غيره .

قال في « الفروع » : وكلام غيره معناه . ونقل عن الشيخ تقي الدين أيضاً : أنه لا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل . واقتصر عليه .

(**ويحرم حفر بئر**) بمسجد .

قال الحارثي في الغصب : وإن حفر بئراً في المسجد للمصلحة العامة : فعليه ضمان ما تلف بها ؛ لأنه ممنوع منه . إذ المنفعة مستحقة للصلاة فتعطيلها عدوان .

ونص على المنع في[1] رواية المروذي .

وقال في « الرعاية الكبرى » : لم يكره أحمد حفرها فيه . ثم قال : قلت : بلى إن كره الوضوء فيه . انتهى .

(**و**) يحرم أيضاً (**غرس شجرة بمسجد**) .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . انتهى .

وقيل : يكره الغرس .

وقيل : إن ضيقت حرم ، وإلا كره .

(**فإن فعل**) بأن حفر البئر : (**طُمَّت**) . نص عليه في رواية المروذي . وقدمه في « الفروع » .

(**و**) إن غرس الشجرة (**قُلعت**) نصاً .

قال أحمد : غرست بغير حق ظالم غرس فيما لا يملك .

ولأن الغرس في المسجد تصرف فيه بما ليس من حاجته . فلم يجز ؛ كما لو جعله مسكناً .

وظاهر النص و« المحرر » : أنه لا يختص قلعها بواحد .

وفي « المستوعب » و« الشرح » : أنه للإمام .

---

(١) في أ و ب : من .

(**فإن لم تُقلع**) وقد أثمرت (**فثمرها لمساكينه**) أي : المسجد .

قال في « الإرشاد » : قال الحارثي : وهو المذهب ، قال : والأقرب حله لغيرهم من المساكين .

وقيل : إنما يباح للمساكين مع غناء المسجد عن ثمنه .

(**وإن غُرست**) الشجرة (**قبل بنائه**) أي : المسجد بأن وقف وهي فيه ، (**ووُقفت**) الشجرة أيضاً (**معه**) أي : مع المسجد : (**فإن عيّن**) الواقف (**مصرفها**) بأن قال : تباع ثمرتها ويشترى بثمنها حصراً وزيتاً ونحو ذلك : (**عُمل به**) أي : بما عينه الواقف .

(**وإلا**) أي : وإن لم يعيِّن الواقف مصرفها : (**فكـ**) وقف (**منقطع**) . قدمه في « الفروع » . ثم قال : ونقل جماعة في مصالحه . وإن فضل عن مصالحه شيء من الثمرة فلجار المسجد أكلها . نص عليه .

قال جماعة : ولغيره .

وقيل : للفقير منهم .

وقيل : مطلقاً . ذكر معنى ذلك كله في « الفروع » .

(**ويجوز رفعُ مسجد**) حيث (**أراد أكثرُ أهله**) أي : المسجد (**ذلك**) أي : رفعه ، (**وجعلُ سِفْله سقاية وحوانيت**) .

قال في « الإنصاف » : في ظاهر كلام أحمد وأخذ به القاضي . قاله الزركشي في كتاب الجهاد .

وقيل : لا يجوز . وأطلق وجهين في « الفروع » .

وقال في « الرعاية الكبرى » : فإن أراد أهل مسجد رفعه عن الأرض وجعل سفله سقاية وحوانيت : روعي أكثرهم . نص عليه .

وقيل : هذا في مسجد أراد أهله إنشاؤه كذلك . وهو أولى . انتهى .

واختار هذا ابن حامد وأوّلَ كلام أحمد عليه . وصححه المصنف والشارح .

ورَد هذا التأويل بعض محققي الأصحاب من وجوه كثيرة . وهو كما قال . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

(**لا نقلُه**) أي : المسجد إلى مكان غير مكانه الأول ولو خرب (**مع إمكان عمارته**) مرة أخرى (**دون**) العمارة (**الأولى**) بحسب النماء فإنه لا يجوز . قاله في « الفنون » . وأن جماعة أفتوا بخلافه وغلطهم . نقله في « الفروع » واقتصر عليه . وكذا فعل في « الإنصاف » .

ولا يجوز أيضاً تحليته أي : المسجد بذهب أو فضة ، وفاقاً للشافعي .

وقيل : يكره وفاقاً لمالك .

وللحنفية الكراهة والإباحة والندب . قالوا : ويضمن متولي الوقف . واحتجوا بتذهيب الوليد الكعبة لما بعث إلى واليها خالد القسري .

ومن جعل سِفْل بيته مسجداً يَنتفع بسطحه .

* * *

[باب : الهبة]

هذا (**باب**) يذكر فيه مسائل من أحكام الهبة .

وأصلها من هبوب الريح أي : مروره ، يقال : وهبت له شيئاً وهباً بإسكان الهاء وفتحها وهبة .

قال في « القاموس » : ولا تقل وهَبَكَهُ . حكاه أبو عمرو عن أعرابي .

وهو واهب ووهاب ووهوب ووهابة . والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما . والاتهاب : قبول الهبة . والاستهاب : سؤال الهبة . وتواهبوا وهب بعضهم لبعض . وواهبه فوهبه يهبه ؛ كيدعُه ويرثُه[1] غلبه في الهبة .

ثم (**الهبةُ**) شرعاً : (**تمليكُ**) إنسان (**جائز التصرف**) أي : مكلف رشيد مما يجوز له التصرف فيه إنساناً غيره (**مالاً معلوماً**) أي : جائز بيعه خاصة . وسيأتي التنبيه في المتن على ذلك (**أو**) مالاً (**مجهولاً تعذر علمه**) .

قال في « الفروع » : كصلح . ومن أمثلة ذلك : لو اشتبه شيء من أعيان الواهب بشيء من أعيان الموهوب له وتعذر تمييز ملك أحدهما من ملك الآخر فوهب أحدهما عين الذي له للآخر فإنه يصح مع جهل عين الذي له من ذلك .

وقال في « الكافي » : إنه تصح هبة ذلك ، وكلب ونجاسة يباح نفعها .

نقل حنبل فيمن أهدى إلى رجل كلب صيد : ترى له أن يثبت عليه ؟ قال : هذا خلاف الثمن هذا عوض من شيء . فأما الثمن فلا .

وفي « الفروع » : وقيل : وجلد ميتة .

---

(١) في ب : يرثه .

وقيل : ومجهول عند متهب .

وعلى المذهب : يشترط في المال الموهوب : أن يكون (**موجوداً مقدوراً على تسليمه**) .

وقيل : وغير مقدور كوصية .

قال في « الفروع » : ويتوجه منه هبة معدوم وغيره . انتهى .

ولعله أراد بقوله : وغيره ما قاله صاحب « الرعاية » : ولا ما لا يتم ملكه له ؛ كقفيز مبهم اشتراه من صُبْرة ولم يقبضه . انتهى كلامه في « الرعاية » .

ونقل ابن أبي عبدة عن أحمد : أنه سئل عن الصدقة بثلث دار غائبة عن رجل مشاعة وحد الدار وهي معروفة قال : جائز ، ليس كما يقول هؤلاء : لا يجوز حتى يعرف الدار .

ونقل حرب إذا قال : ضع ثلث ضيعتي لفلان بلا قسمة جاز إذا كانت تعرف .
ويشترط أيضاً في المال المملك أن يكون : (**غير واجب**) على من ملكه .

ولا بد أن يكون التمليك منجزاً (**في الحياة بلا عوض ، بما**) أي : بقول أو فعل (**يُعد هبة عرفاً**) على المذهب . حتى أن ابن عقيل ومن تبعه لم يذكروا في الهبة بالمعاطاة الخلاف الذي في بيع المعاطاة .

وفي « المستوعب » و« المغني » في الصداق : لا تصح إلا بلفظ الهبة . والعفو التمليك .

وفي « الرعاية » : في عفو وجهان .

وفي « المذهب » ألفاظها : وهبت وأعطيت وملكت .

وفي « الانتصار » : أطعمتكه كوهبتكه .

فخرج بقيد التمليك العارية فإنها إباحة . وبقيد المال كلب الصيد ونحوه . وبقيد كونه غير واجب نفقة الزوجة ونحوها . وبقيد الحياة الوصية . وبقيد كون التمليك بلا عوض عقود المعاوضات ؛ كالبيع والإجارة ونحوهما .

قال في « المغني » عقب حكايته للفظ الخرقي : وجملة ذلك أن الهبة

والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها . انتهى .

(**فمن قصد بإعطاء**) لغيره (**ثوابَ الآخرة فقط** [**فـ**) عطيته على هذا الوجه (**صدقة** .

و) من قصد بإعطائه (**إكراماً أو تودداً ، ونحوه**) ؛ كمنْ أجل المحبة][1] (**فـ**) عطيته (**هدية** .

وإلا) أي : وإن لم يقصد المعطي بإعطائه شيئاً (**فـ**) ما أعطى (**هبة وعطية ونحلة**) اعتباراً بالمعنى الأعم فتكون الألفاظ الثلاثة متفقة معنىً وحكماً .

قال في « المغني » بعد أن ذكر غالب المعاني المتقدمة : وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث عليه . فإن النبي ﷺ قال : « تهادوا تحابوا »[2] .

وأما الصدقة : فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره . وقد قال الله تعالى : ﴿ إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ۚ وَيُكَفِّرُ عَنكُم مِّن سَيِّـَٔاتِكُمْ ۗ ﴾ [البقرة : ٢٧١] . انتهى .

قال في « الفروع » : وظاهر كلامهم تُقبل هدية المسلم والكافر . وذكروه في الغنيمة . ونقل ابن منصور في المشرك : أليس يقال إن النبي ﷺ رد وقَبِل[3] ؟

---

(١) ساقط من أ .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٦٩ كتاب الهبات . باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس . عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) عن عبد الله بن الزبير قال : « قدمت قُتيلة ابنة عبد العزى بن عبد أسعد من بني مالك بن حسل على ابنتها أسماء ابنة أبي بكر بهدايا ضباب وأقط وسمن وهي مشركة فأبت أسماء أن تقبل هديتها وتدخلها بيتها . فسألت عائشة النبي ﷺ فأنزل الله عز وجل : ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ . . . ﴾ إلى آخر الآية ، فأمرها أن تقبل هديتها وأن تدخلها بيتها » .
أخرجه أحمد في « مسنده » (١٦١٥٥) ٤ : ٤ .
وعن عياض بن حمار المجاشعي وكانت بينه وبين النبي ﷺ معرفة قبل أن يبعث « فلما بعث النبي ﷺ أهدى له هدية قال : أحسبها إبلاً . فأبى أن يقبلها . وقال : إنا لا نقبل زبد المشركين . قال قلت : وما زبد المشركين ؟ قال : رفدهم وهديتهم » .
أخرجه أحمد في « مسنده » (١٧٥١٧) ٤ : ١٦٢ .

وقد رواهما أحمد .

وقال ابن الجوزي فيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أن أخبار القبول أثبت .

والثاني : أنها ناسخة .

والثالثة : قَبِل من أهل الكتاب . وقبوله من أهل الشرك ضعيف أو منسوخ .

وقيل : الهبة تقتضي عوضاً .

وقيل : مع عرف . فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضي له حاجة فلم يفِ فكالشرط . واختاره شيخنا . انتهى .

(**ويعُمُّ جميعها لفظ العطية**) ؛ لشموله لها .

(**وقد يراد بعطيةٍ : الهبةُ في مرض الموت**) .

قال[1] في « المطلع » عن لفظه[2] في « المقنع » باب الهبة والعطية : والعطية هنا : الهبة في مرض الموت . فذَكر الهبة في الصحة والمرض وأحكامهما[3] .

(**ومن أهدى ليُهدى له أكثر : فلا بأس به**) ؛ لقوله ﷺ : « المستفزز يثاب من هبته » .

(**لغير النبي ﷺ**) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ ﴾ [المدثر : ٦] .

ولما فيه من الحرص والمنة[4] . على أن الآية فسرت بهذا أو بغيره .

قال في « الفروع » : ومن أهدى ليهدى له أكثر فنقل صالح : أن أباه ذكر قول الضحاك : لا بأس به لغير النبي ﷺ . انتهى .

---

(١) في أ : فإن .

(٢) في أ : لفظ .

(٣) في أ : في الصحة وأحكامه .

(٤) في أ و ب : والضنة .

(**ووعاء هدية كهي**) فلا ترد ، (**مع عرف**) بذلك . فإن لم يكن عرف رده . قاله في « الفروع » .

قال الحارثي : لا يدخل الوعاء إلا ما جرت العادة به ؛ كقوصرة التمر ونحوها . انتهى .

(**وكُره رد هبة وإن قلّت**) أي : كانت قليلة .

(**ويكافِئ**) المهدى له (**أو يدعو**) له . نقله في « الفروع » عن « الغنية » . ثم قال : ويتوجه إن لم يجد دعا له كما رواه أحمد وغيره . ولأحمد من حديث ابن مسعود : « لا تردوا الهدية[1] »[2] .

وحكى أحمد في رواية مثنى عن وهب قال : ترك المكافأة من التطفيف . وقاله مقاتل . وكذا اختار شيخنا في رده عن الرافضي : أن من العدل الواجب مكافأة من له يداً ونعمة ليجزيه[3] بها . انتهى .

(**إلا إذا علم**) من أتته الهدية (**أنه**) أي : المهدي إنما (**أهدى حياء : فيجب الرد**) أي : رد هديته إليه . نقل هذه المسألة ابن مفلح في « الآداب » عن ابن الجوزي ثم قال : ولم أجد من صرح بذلك غيره . وهو قول حسن ؛ لأن المقاصد في العقود عندنا معتبرة . انتهى .

(**وإن شُرط**) بالبناء للمفعول (**فيها**) أي : في الهبة (**عوض معلوم**) : صح . نص عليه ؛ كشرطه في عارية ، و (**صارت**) الهبة (**بيعاً**) ؛ لأنه تمليك بعوض معلوم . أشبه البيع وشاركه في الحكم فيثبت فيها الخيار والشفعة .

قال في « الفروع » : وقيل : بقيمتها بيعاً .

وعنه : هبة .

وقيل : لا تصح كنفي ثمن . انتهى .

---

(١) في ب : الهبة .

(٢) أخرجه أحمد في « مسنده » (٣٨٣٨) : ١ : ٤٠٤ .

(٣) في ب : ليجتزيه .

ومراده في بيع .

(**وإن شُرط**) في الهبة (**ثوابٌ مجهول : لم تصح**) ؛ لأنه عوض مجهول في معاوضة . فلم يصح العقد معه ؛ كالبيع . وحكمها حينئذ حكم البيع الفاسد فيردها الموهوب له بزيادتها مطلقاً ؛ لأنها نماء ملك الواهب . وإن كانت تالفة رد قيمتها .

وعنه : يصح مع شرط الثواب المجهول .

قال في « الفروع » : ذكره شيخنا ظاهر المذهب ، ويرضيه . فإن لم يرض ردها بزيادة ونقص . نص عليه . فإن تلفت فقيمتها[1] يومه . ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء . نص عليه . انتهى .

وظاهر ما تقدم : أن الهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً . سواء كانت لمثله أو دونه أو أعلا منه .

وقال ابن حمدان : هي من الأدنى تقتضي عوضاً هو القيمة ؛ لقول عمر : « من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها »[2] .

وجوابه : بأنها عطية على وجه التبرع . فلم تقتض ثواباً ؛ كهبة المثل والوصية .

وقول عمر خالفه ابنه وابن عباس .

(**وإن اختلفا**) أي : الواهب والموهوب له (**في شرط عوض**) في الهبة : (**فقول**) موهوب له (**منكر**) بيمينه . وجزم به في « الكافي » وصححه الحارثي .

وقيل : يقبل قول الواهب .

وأطلقهما في « الفروع » و« الرعاية الكبرى » .

---

(١) في أ : فقيمها .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٨٢ كتاب الهبات . باب المكافأة في الهبة .

ووجه المذهب : كونه الأصل .

(و) إن اختلفا (في) صورة ما إذا قال إنسان بيده شيء لمن تقدم ملكه عليه : (**وهبتني ما بيدي** . **فقال**) له : (**بل بعتكه** ، **ولا بينة**) لواحد منهما بما قاله : فإنه (**يحلف كل**) منهما (**على ما أنكر**) من دعوى الآخر ؛ لأن الأصل عدمه .

(**ولا هبة**) يقضى بها (**ولا بيع**) ؛ لأنه لم يثبت واحد منهما .

(**وتصح**) الهبة (**ويملك**) المتهب العين الموهوبة (بـ) مجرد (**عقد**) وهو الإيجاب والقبول .

قال ابن رجب في القاعدة التاسعة والأربعين : القبض في العقود على قسمين :

أحدهما : أن يكون من موجب العقد ومقتضاه ؛ كالبيع اللازم والرهن اللازم والهبة اللازمة والصداق وعوض الخلع . فهذه العقود تلزم من غير قبض . وإنما القبض فيها من موجبات عقودها . ثم قال بعد ذلك بأسطر : واعلم أن كثيراً من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبراً للزومها واستمرارها ، لا[1] لانعقادها وإنشائها . وممن صرح بذلك صاحب « المغني » وأبو الخطاب في « انتصاره » وصاحب « التلخيص » وغيرهم .

ومن الأصحاب من جعل القبض فيه شرطاً للصحة . وممن صرح بذلك صاحب « المحرر » فيه في الصرف والسلم والهبة .

وقال في « الشرح » : مذهبنا أن المُلك في الموهوب لا يثبت بدون القبض . وفرّع عليه إذا دخل وقت الغروب في ليلة الفطر والعبد موهوب لم يقبض ثم قبض وقلنا يعتبر في هبته القبض ففطرته على الواهب . وكذلك صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها . وكلام الخرقي يدل عليه أيضاً .

---

(١) ساقط من ب .

ثم قال بعد ذلك بأسطر : وفي الهبة وجه ثالث حكي عن ابن حامد : أن الملك فيها يقع مراعًى . فإن وجد القبض تبيناً أنه كان للموهوب بقبوله ، وإلا فهو للواهب . وفرّع على ذلك حكم الفطرة . انتهى .

وعبارته في « الفروع » : وتصح بالعقد . وهل يملكها به ؟ فيه وجهان .

وفي « الانتصار » : روايتان . وعليهما يخرج النماء . وذكر جماعة : إن اتصل القبض . انتهى .

(**فيصح تصرف قبل قبض**) .

قال في « الإنصاف » بعد أن قدم أنها تُملك بالعقد : فعلى المذهب يجوز التصرف فيه قبل القبض . نص عليه . والنماء للمتهب .

(و) تصح الهبة وتملك العين الموهوبة أيضاً (**بمعاطاة بفعل**) ؛ لأن النبي ﷺ كان يهدي ويهدى إليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ، ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها .

وكان أصحابه يفعلون ذلك . ولم ينقل عنهم في ذلك لفظ إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا بتعليمه لأحد .

ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً .

و « كان ابن عمر على بعير لعمر . فقال النبي ﷺ : بعنيه . فقال : هو لك يا رسول الله ! فقال رسول الله ﷺ : هو لك يا عبد الله بن عمر . فاصنع به ما شئت »[1] .

ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطاً لفَعَله النبي ﷺ وعلّمه ابن عمر . ولم يكن ليأمره أن يصنع به شيئاً قبل أن يقبله .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٤٦٨) ٢ : ٩٢١ كتاب الهبة وفضلها . باب من أهدي له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق .

ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك . فاكتفي به ؛ كما لو وجد الإيجاب والقبول .

قال ابن عقيل : إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى ؛ لأنه إذا لم يكن عرف[1] يدل على الرضى فلا بد من قول دال عليه .

أما مع قرائن الأحوال والدلالة ؛ فلا وجه لتوقيفه على اللفظ . ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع ، واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان . فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال ، وأنها تنقل الملك من الجانبين . فلأن نكتفي به في الهبة أولى . انتهى .

وقيل : لا بد من الإيجاب والقبول . وضعفه في « الفائق » .

(فـ) على المذهب (**تجهيز**) الإنسان (**بنته بجهاز إلى بيت زوج تمليك**) ؛ لوجود المعاطاة بالفعل .

(**وهي**) أي : الهبة فيما إذا وقعت[2] بإيجاب وقبول (**في تراخي قبول**) عن الإيجاب .

(**وتقدمه**) عليه (**وغيرهما**) ؛ كاستثناء الواهب نفع الموهوب مدة معلومة . صرح بصحته[3] الموفق إجابة لسؤال . واقتصر عليه ابن رجب في القاعدة الثانية والثلاثين .

(**كبيع**) . جزم به الحارثي واقتصر عليه في « الإنصاف » .

(**وقبول هنا وفي وصية ، بقول أو فعل دال على الرضى .**

وقبضها) أي : الهبة في الحكم (**كمبيع**) . فيكون في موهوب مكيل أو

---

(١) في أ : عرفاً .

(٢) في ج : وقفت . وقد سقطت من ب .

(٣) في أ : بصحة ذلك .

موزون أو معدود أو مذروع بكيله أو وزنه أو عده أو ذرعه . وفيما ينقل بنقله ، وفيما يُتناول بتناوله ، وفيما عدى ذلك بالتخلية .

(**ولا يصح**) القبض (**إلا بإذن واهب**) فيه ؛ لأنه قبض غير مستحق على الواهب . فلم يصح بغير إذنه ؛ كأصل العقد وكالرهن . وهذا على المذهب . وهو : أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض . على ما سيأتي في المتن .

أما على رواية أن الهبة تلزم في المتميز غير المكيل والموزون والمعدود والمذروع بمجرد العقد فلا يحتاج إلى إذن الواهب في قبضه ؛ للزومها بدونه .

(**وله**) أي : للواهب على المذهب (**الرجوع**) في الهبة وفي الإذن في قبضها (**قبله**) أي : القبض ولو بعد تصرف المتهب .

وقيل : ليس له الرجوع في واحد منهما .

(**ويبطل**) إذن الواهب للموهوب له في قبض الهبة (**بموت أحدهما**) ؛ كالوكالة .

(**وإن مات واهب**) قبل قبض الهبة . سواء كان أذن فيها أو لا : (**فوارثه مقامه في إذن**) في القبض . (**و**) في (**رجوع**) في الهبة ؛ لأن عقد الهبة مآله إلى اللزوم . فيقوم وارثه فيه مقامه ؛ كالرهن قبل القبض .

قال ابن رجب في مسألة الرهن : ذكره الأصحاب وقالوا : هو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب . انتهى .

وقال القاضي : إن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة . سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده ؛ لأنه عقد جائز . فبطل بموت أحد المتعاقدين ؛ كالوكالة والشركة .

ورُدّ : بالفرق بين الوكالة والشركة وبين العقد الذي مآله إلى اللزوم . فإنه بالبيع المشروط فيه الخيار أشبه .

قال في « الفروع » : ووارثُ واهبٍ يقوم مقامه .

وقيل : يبطل العقد ؛ كمتهب[1] في الأصح . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : إن وهب في الصحة ثم مات قبل القبض بطل العقد ، وإن وهب في المرض ثم مات قبل القبض فالورثة بالخيار ؛ لشبهها بالوصية .

(**وتلزم**) الهبة (**بقبض** ؛ **كـ**) ما تلزم (**بعقد فيما بيد متهب**) . يعني : أن الهبة لا تلزم بدون قبض بإذن واهب ؛ لما روي عن عائشة « أن أبا بكر الصديق رضي الله تعالى عنهما لما حضرته الوفاة قال لها : يا بنية ! إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ولو كنت جذذتيه وحرزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث فاقتسموه على كتاب الله »[2] . رواه مالك في « الموطأ » .

وروي عن عمر أنه قال : « ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم قال : مالي وفي يدي . وإذا مات هو قال : قد نحلته ولدي . لا نِحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد »[3] .

ولأنها هبة غير مقبوضة . فلم تلزم ؛ كالطعام المأذون في أكله .

وأما إذا كانت العين الموهوبة بيد المتهب أمانة ؛ كالوديعة ، أو مضمونة ؛ كالعارية والغصب : فتلزم بمجرد العقد .

(**ولا يحتاج لمضيٍّ زمن يتأتى قبضه فيه**) . فإن أحمد قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لامرأته شيئاً ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار وهي معه في البيت .

قال في « المغني » : فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأتى فيها ؛ لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه . انتهى .

ولأن القبض مستدام فأغنى عن الابتداء .

---

(١) في أ : كموت .

(٢) أخرجه مالك في « موطئه » (٤٠) ٢ : ٥٧٦ كتاب الأقضية . باب ما لا يجوز من النحل .

(٣) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٧٠ كتاب الهبات . باب يقبض للطفل أبوه .

قال في « الإنصاف » عن هذا : وهو المذهب .

قال الشارح : هذا الصحيح إن شاء الله تعالى . وقدمه في « المحرر » و« الفائق » و« النظم » وابن رزين في « شرحه » .

قال في « الرعايتين » : وهو أولى . وكذا قال الحارثي . انتهى .

وعنه : لا بد من مضي مدة يتأتى فيها القبض .

وعنه : لا بد من ذلك ومن الإذن في القبض أيضاً .

(**وتبطل**) الهبة (**بموت متهب**) بعد عقد و (**قبل قبضٍ**) .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا تبطل . انتهى .

وعلله في « شرح المحرر » بأن القبض من المتهب قائم مقام القبول . فإذا مات قبلهٍ بطل العقد ؛ كما إذا مات من أوجب له بيع قبل قبوله .

وأما إذا مات أحد المتعاقدين قبل القبول فإن العقد يبطل وجهاً واحداً ؛ لأن العقد لم يتم .

(**فلو أنفذها**) أي : الهبة (**واهب مع رسوله**) أي : رسول الواهب (**ثم مات**) مرسله (**أو**) مات (**موهوب له**) وهو المرسل إليه (**قبل وصولها : بطلت**) الهبة ؛ لما روى أحمد بإسناده عن أم كُلثوم بنت أبي سلمة قالت : « لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها : إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة عليّ . فإن ردت فهو لك قالت : فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته . فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة »[١] . انتهى الحديث .

وحيث بلغ الرسول موت مرسله في أثناء الطريق فليس له حملها إلى المهدى إليه ، إلا أن يأذن له الوارث .

---

(١) أخرجه أحمد في « مسنده » (٢٧٣١٦) ٦ : ٤٠٤ .

(**إلا إن كانت**) الهبة (**مع رسول موهوب له**) وقد مات الواهب فإنها لا تبطل ؛ لأن قبض رسول الموهوب له كقبضه . فيكون موت الواهب بعد لزومها بالقبض فلا يؤثر .

(**ولا تصح**) الهبة (**لحمل**) ؛ لأن تمليكه تعليق على خروجه حياً والهبة لا تقبل التعليق .

(**ويَقبل ويَقبض لصغير ومجنون**) وُهب لهما شيء (**وليٌّ**) ؛ لأنه قبول لمال للمحجور عليه فيه حظ . فكان إلى الولي ؛ كالبيع والشراء .

ولا يصح القبول ولا القبض من غير الولي وهو الأب أو وصيه أو الحاكم أو أمينه .

قال أحمد في رواية صالح : في صبي وُهبت له هبة أو تُصدق عليه بصدقة فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر . فقال : لا أعرف للأم قبضاً ، ولا يكون إلا[1] للأب .

وقال عثمان رضي الله تعالى عنه : « أحق من يحوز على الصبي أبوه »[2] .

قال في « المغني » : ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم ؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك . فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات . فإن لم يصح قبض غيرهم له ، انسد باب وصولها إليه . فيضيع ويهلك . ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية .

(**فإن وهَب هو**) أي : الولي لموليه شيئاً : (**وَكَّل من يقبل**) له الهبة منه ، (**ويقبض هو**) والمراد إذا كان الولي غير الأب إذا وهب ولده الصغير ، وذلك معلوم مما سيأتي في المتن وهو قوله :

---

(١) ساقط من أ و ب .

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البيهقي نحوه في « السنن الكبرى » ٦ : ١٧٠ كتاب الهبات . باب يقبض للطفل أبوه . ولفظه : « فرأى أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغاراً » .

(ولا يحتاج أب وهب موليه لصغر إلى توكيل) .

قال في « المغني » : فإن وهب الأب لابنه شيئاً قام مقامه في القبض والقبول إن احتيج إليه .

قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه : أن الهبة تامة . هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي .

ورُوِّينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز .

ثم إن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله : قد وهبت هذا لابني وقبضته له ؛ لأنه يغني عن القبول كما ذكرنا . ولا يغني قوله : قد قبلته ؛ لأن القبول لا يغني عن القبض وإن كان مما لا يفتقر إلى قبض .

قلت : ولعله أراد ما القبض فيه بالتخلية والله أعلم اكتفي بقوله : قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول .

قال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا تحتاج إلى قبض ، وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض . وأن وليها أبوه ؛ لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال : « من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوزَ فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وأن وليها أبوه »[1] .

وقال القاضي : لا بد في[2] هبة الولد من أن يقول : قبلته لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البيهقي نحوه وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول .

وقد ذكرنا من قبل : أن قرائن الأحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول ، ولا أدل على القبول من كون القائل هو الواهب . فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به حكم لا معنى له . مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته .

---

(١) أخرجه مالك في « موطئه » (١٥٠٣) كتاب الأقضية ، باب : ما يجوز من النُّحْل . ط إحياء العلوم .

(٢) في أ و ب : من .

وليس هذا مذهباً لأحمد . فقد قال في رواية حرب : في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره . فقال : أحب إليَّ أن يقول عند الإشهاد : قد قبضته له . قيل له : فإن سهى ؟ فقال : إذا كان مُفْرَزاً رجوت .

فقد ذكر أحمد أنه يكتفى بقوله : قد قبضت له . وأنه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالإشهاد فحسب ، وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء .

وقال بعض أصحابنا : يكتفى بأحد لفظين إما أن يقول : قد قبلته ، أو قد قبضته ؛ لأن القبول يغني عن القبض .

قال الموفق : وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه .

ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : إن وهب له ما لا يُعرف بعينه كالأثمان : لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره ؛ لأن الأب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه . فلا ينفع القبض شيئاً .

ولنا : أن ذلك مما تصح هبته . فإذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن يصح ؛ كالعروض .

ثم[1] قال في « المغني » بعد ذلك : وإن كان الواهب الصبي غير الأب من أوليائه فقال أصحابنا : لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ؛ ليكون الإيجاب منه ، والقبول والقبض من غيره ؛ كما في البيع . بخلاف الأب فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض ؛ لكونه يجوز أن يبيع لنفسه .

قال : والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ؛ لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله . فجاز له أن يتولى طرفيه ؛ كالأب . وفارق البيع فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له .

ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي . وهو هاهنا يعطي ولا يأخذ . فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره .

---

(١) ساقط من أ .

ولأننا قد ذكرنا أنه يستغني بالإيجاب والإشهاد عن القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما . انتهى .

وعلم من كلام صاحب « المغني » : أن ما نقله عن الأصحاب أن توكيل الولي غير الأب يكون في القبول والقبض معاً . وكذا كلامه في « الإنصاف » . وعبارته : وإن وهب ولي غير الأب فقال أكثر الأصحاب : لا بد أن يوكل الواهب من يقبل للصبي ويقبض له ؛ ليكون الإيجاب من الولي ، والقبول والقبض من غيره ؛ كما في البيع . بخلاف الأب . انتهى .

وكلامه في « التنقيح » وتبعته عليه : يقتضي أن التوكيل يكون في القبول فقط ، ويكون الإيجاب والقبض من الواهب فإنه قال : وكل من يقبل ويقبض هو . ولعله اطلع بعد وضعه « الإنصاف » على كلام لبعض الأصحاب يقتضي ذلك ، وأنه الأصح عنده فإنه قال في خطبة « التنقيح » : فإن وجدت في هذا الكتاب لفظاً أو حكماً مخالفاً لأصله أو غيره فاعتمده فإنه وضع عن تحرير . انتهى . وكذا فعلت . والله أعلم .

(**ومن أبرأ**) مديناً (**من دينه**) الذي له عليه ، (**أو وهبه**) أي : وهب الدَّين الذي له (**لمدينه ، أو أحلَّه منه**) بأن قال له : أنت في حلٍّ منه ، (**أو أسقطه عنه ، أو تركه**) له ، (**أو ملّكه له ، أو تصدق به**) أي : بالدين (**عليه**) أي : على[1] المدين ، (**أو عفا عنه**) أي : عن الدين : (**صح**) ذلك جميعه ، وكان كل لفظ منها مسقطاً للدين . وكذا لو قال : أعطيتكه . أما ما عدا لفظ الهبة والصدقة والعطية فظاهر في ذلك ، وأما لفظ الهبة والصدقة والعطية ؛ فلأنه ليس هناك عين موجودة يتناولها اللفظ فانصرف إلى معنى الإبراء .

قال في « الإنصاف » : قال الحارثي : يصح بلفظ الهبة والعطية مع اقتضائهما وجود معين وهو منتفٍ ؛ لإفادتهما لمعنى الإسقاط هنا .

---

(١) زيادة من ج .

قال : ولهذا لو وهبه دينه هبة[1] حقيقة[2] : لم يصح ؛ لانتفاء معنى الإسقاط ، وانتفاء شرط الهبة .

ومن هنا : امتنع هبته لغير من هو عليه ، وامتنع إجزاؤه عن الزكاة ؛ لانتفاء حقيقة الملك . انتهى .

(**ولو**) وجد ذلك (**قبل حلوله**) أي : الدين خلافاً لبعض الأصحاب . (**أو اعتقد**) رب الدين المسقط له (**عدمه**) وفيه وجه . أصلهما الوجهان[3] فيما إذا باع مال أبيه أو نحوه يظن حياته فتبين أنه قد ماتَ .

وقيل : أصلهما الوجهان فيمن باشر امرأة بالطلاق يظنها أجنبية فبانت امرأته . أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته .

(**لا إن علَّقه**) أي : علق رب الدين الإسقاط على شرط . نص عليه فيمن قال : إن متَّ ـ بفتح التاء ـ فأنت في حِلّ .

وجعل رجلاً في حل من غيبته بشرط أن لا يعود وقالْ : ما أحسن الشرط .

قال في « الفروع » : فيتوجه فيهما روايتان . وأخذ صاحب « النوادر » من شرطه : أن لا يعود رواية في صحة الإبراء بشرط . وذكر الحلواني والحارثي : أن صحة الإبراء بشرط أصح .

(**و**) أما إذا قال له : (**إن متُّ**) ـ بضم التاء ـ (**فأنت في حل**) فإنه (**وصية**) للمدين بالدين .

(**و**) متى لم يعلق الإسقاط على شيء وكان المسقط جائز التصرف : فإن الغريم (**يبرأ**) بأحد الألفاظ المتقدمة . (**ولو ردَّ**) ذلك الذي عليه الدين بأن قال : لا أقبل البراءة أو نحو ذلك .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ و ب : حقيقية .

(٣) في أ : لوجهان .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

وقيل : يشترط القبول . انتهى .

ووجه المذهب : أن إسقاط الحق لا يفتقر إلى القبول ؛ كالعتق والطلاق والشفعة . وبهذا فارق هبة المعين[1] ؛ لأنه تمليك .

قال في « الفروع » : وفي « المغني » : في إبرائها له من المهر : هل هو إسقاط أو تمليك ؟ فيتوجه منه احتمال : لا يصح به ، وإن صح اعتبر قبوله . انتهى .

(**أو جهل**) يعني : أنه تصح البراءة من الدين ولو جهل قدره ووصفه بالنسبة إلى رب الدين والمدين .

أما كون الإبراء يصح مع جهل رب الدين ؛ فلأنه إسقاط حق . فينفذ مع العلم والجهل ؛ كالعتق والطلاق .

وأما كونه يصح مع جهل من عليه الدين ؛ فلأنه لا يلتفت إليه في الإبراء . فعلمه بالمبرىء منه وجهله به سواء ؛ كالأجنبي .

وعنه : لا يصح مع جهلهما ، إلا إذا تعذر علمه .

وعنه : لا تصح البراءة من المجهول كالبراءة من العيب .

وعنه : لا يصح مع جهل رب الدين وعلم المدين مطلقاً .

وعلى المذهب في هذا تفصيل وهو المشار إليه بقوله :

(**لا إنه علمه مَدين فقط وكتمه**) أي : مِن رب الدين (**خوفاً من أنه إن علمه لم يبرئه**) منه . يعني : فإنه لا تصح البراءة . صرح بذلك الموفق والشارح وتابعهما الحارثي .

ووجه ذلك : أن فيه تغريراً للمبرىء . وقد أمكن التحرز منه .

---

(١) في أ : العين .

قال الحارثي : وظاهر كلام أبي الخطاب الصحة مطلقاً . قال : وهذا أقرب . انتهى .

قال في « المحرر » بعد أن ذكر الروايات في أصل المسألة : ويتخرج أن يصح بكل حال . إلا إذا علمه المبرَأ ـ بفتح الراء ـ وظن المبرِىء ـ بكسرها ـ جهله[1] به فلا يصح . انتهى .

ووجّه ذلك شارح « المحرر » بأنه قد يسقطه المبرىء ظناً أن المبرأ لعدم علمه به قد يحتاج إلى المطالبة والخصومة فيبرئه قطعاً للنزاع . فمتى علمه المبرأ دونه يكون هضماً للحق فلا يصح لذلك .

(**ولا يصح**) الإبراء (**مع إبهام المحل**) الذي يرد عليه الإبراء ؛ (**كأبرأت أحد غريمي ، أو**) أبرأت هذا الغريم (**من أحد ديني**) اللذين عليه ؛ كما لو قال : وهبتك أحد هذين العبدين ، أو كفلت أحد الدينين . واختار الحلواني والحارثي الصحة في مسألتي المتن . قالا : ويؤخذ بالبيان كطلاقه وعتقه إحداهما .

قال في « الفروع » : يعني : ثم يقرع .

(**وما صح بيعه**) من الأعيان (**صحت هبته**) ؛ لأنها تمليك في الحياة . فصحت فيما صح فيه البيع .

وعلم من هذا أن كل ما لا يصح بيعه لا تصح هبته . وهو المذهب . واختاره القاضي وقدمه في « الفروع » .

وقيل : تصح هبة ما يباح الانتفاع به من النجاسات . جزم به الحارثي ؛ كالكلب . جزم به في « المغني » و« الكافي » .

قال في القاعدة السابعة والثمانين : وليس بين القاضي وصاحب « المغني » خلاف في الحقيقة ؛ لأن نقل اليد في هذه الأعيان جائز ؛ كالوصية . وقد صرح به القاضي في « خلافه » . انتهى .

---

(١) في أ : جهل .

وعلم مما تقدم دخول أم الولد فيما لا تصح هبته ؛ لأنه لا يصح بيعها . وهو المذهب .

وقيل : تصح هبتها مع القول بعدم صحة بيعها .

قال في « الإنصاف » : قلت ينبغي أن يقيد القول بالصحة بأن يكون حكمها حكم الإماء في الخدمة ونحوها إلى أن يموت الواهب فتعتق وتخرج من الهبة . انتهى .

وقال الشيخ تقي الدين : ويظهر لي صحة هبة الصوف على الظهر قولاً واحداً . انتهى .

(**و**) صح (**استثناء نفعه**) أي : الشيء الموهوب (**فيها**) أي : في الهبة عند إنشائها (**زمنا معيناً**) ؛ كشهر وسنة . قياساً على البيع فيما إذا اشترط فيه البائع نفعاً معلوماً ؛ كسكنى الدار المبيعة شهراً ونحو ذلك .

وتصح هبة الشقص المشاع . جزم به الأكثر ؛ لما في « الصحيح » أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنم منهم . فقال رسول الله ﷺ : « ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم »[1] .

ولأنه يصح بيعه .

وسواء أمكن قسمته أوْ لا .

قال في « الإنصاف » : وفي طريقة بعض الأصحاب : ويتخرج لنا[2] من عدم إجارة المشاع : أنه لا يصح رهنه ولا هبته . انتهى .

وأشير إلى صحة هبة المشاع في المتن بقوله :

(**ويعتبر لقبض مُشاع إذن شريك**) فيه . فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً ، ونصف الشريك أمانة . قاله في « المجرد » . وإلى هذا أشير بقوله :

---

(١) أخرجه أحمد في « مسنده » (٦٧٢٩) ٢ : ١٨٤ . عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٢) ساقط من ب .

(**وتكون حصته وديعة**) .

وفي « الفنون » : بل عارية يضمنه .

قال في « المغني » : فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه ، قيل للمتهب : وكّل الشريك في قبضه لك ونقله . فإن أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله . فيحصل القبض ؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ، ويتم به عقد شريكه فيه . فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً ، ونصف الشريك أمانة . انتهى .

(**و**) محل ذلك : إن لم يأذن له الشريك في التصرف ، وأما (**إن أذن له**) أي : القابض (**في التصرف**) فيما منه الشقص الموهوب (**مجاناً**) أي : من غير عوض فتلف تحت يده : (**فـ**) إن حصة الشريك تكون مضمونة (**كعارية و**) إن أذن له في التصرف (**بأجرة . فـ**) إن شقصه يكون في يد القابض أمانة ؛ (**كمؤجر**) .

و (**لا**) تصح هبة (**مجهول لم يتعذر علمه**) . نص عليه في رواية أبي داود وحرب ؛ لأنه تمليك . فلم يصح في المجهول ؛ كالبيع .

أما إذا تعذر علمه فإنه تصح هبته ؛ كالصلح عنه للحاجة .

وقيل : تصح هبة[1] المجهول ؛ كقوله : ما أخذتَ من مالي فهو لك ، أو من وجد شيئاً من مالي فهو له . اختاره الحارثي والشيخ تقي الدين . وانفرد باختيار الصحة في المعدوم ؛ كهبة التمر واللبن بالسنة . قال : واشتراط القدرة على التسليم هنا فيه نظر . بخلاف البيع .

(**ولا**) تصح (**هبة ما في ذمة مدين لغيره**) ؛ لأنه غير مقدور على تسليمه .

(**ولا**) تصح هبة (**ما لا يقدر على تسليمه**) ؛ لأن الهبة عقد يفتقر إلى القبض . أشبه البيع .

وظاهره : أنه لو وهب شيئاً لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه : صح ؛ لإمكان قبضه .

---

(١) في أ : لهبة .

وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب . فإن وكّل المالك الغاصب في تقبيضه صح . وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً ، وملكه المتهب ، وبرىء الغاصب من ضمانه . ذكره[1] في « الشرح » .

وقيل : تصح هبة غير مقدور عليه . وقاله أبو ثور ؛ لأنه تمليك بلا عوض . أشبه الوصية .

(**ولا**) يصح (**تعليقها**) أي : الهبة على شرط . والمراد غير موت الواهب . فإنها تصح وتكون وصية وتقدمت الإشارة في المتن على ذلك[2] . أما لو قال : إذا جاء رأس الشهر ، أو قدم زيد أو نحو ذلك فقد وهبتك كذا : لم يصح . جزم به أكثر الأصحاب ؛ لأنها تمليك لمعيّن في الحياة . فلم يجز تعليقها على شرط ؛ كالبيع .

وما روى أن النبي ﷺ قال لأم سلمة : « إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك »[3] . فعلى سبيل الوعد لا الهبة .

(**ولا**) يصح (**اشتراط ما ينافيها كأن لا يبيعها**) المتهب ، (**أو**) لا (**يهبها ، ونحوهما**) ؛ كأن لا يأكل الطعام الموهوب ، أو لا يلبس الثوب الموهوب رواية واحدة .

(**وتصح هي**) أي : الهبة مع وجود هذا الشرط الباطل . بناء على صحة البيع مع وجود الشرط الفاسد فيه .

وقيل : لا تصح الهبة أيضاً .

(**ولا**) تصح الهبة (**مؤقتة**) ؛ كقوله : وهبتك هذا شهراً أو سنة أو نحو ذلك ؛ لأنه تعليق لانتهاء الهبة . فلا تصح معه ؛ كالبيع .

---

(١) في أ : وذكره .

(٢) ص (١٨٤) .

(٣) سبق تخريجه ص (٢٧٨) رقم (١) .

وقيل : تصح ويلغو التوقيت .

وعلى المذهب : (**إلا في العمرى**) . وسميت بذلك ؛ لتقييدها بالعمر . وإنما صحت مع التوقيت بالعمر ؛ لأن شرط رجوعها هنا على غير الموهوب له وهو وارثه . بخلاف التوقيت بزمن معلوم . ومعناها : أن يشترط الواهب على المتهب عود الموهوب في كل[1] حال إليه أو إلى ورثته .

وصيغتها : (**كأعمرتك ، أو أرقبتك هذه الدار ، أو**) هذه (**الفرس ، أو**) هذه (**الأمة** .

ونصه) فيمن يعمر الجارية : (**لا يطأ**) .

نقل يعقوب وابن هانيء : من يُعمَر الجارية أيطأ ؟ قال : لا أراه .

(**وحمل**) أي : حمل القاضي نص أحمد الإمام على أن مُعمَر الجارية لا يطأها (**على الورع**) ؛ لأن الوطء استباحة فرج . وقد اختلف في صحة العمرى ، وجعلها بعضهم تمليك المنافع ، فلم ير له وطئها لهذا . وبعِّد ابن رجب ما ذكره القاضي . ثم قال : والصواب حمله على أن الملك بالعمرى قاصر ، ولهذا يقول على رواية : إذا شرط عودها إليه بعده : صح . فيكون تمليكاً مؤقتاً . انتهى .

(**أو**) قوله : (**جعلتها لك عمرَك وحياتك ، أو**) جعلتها لك (**عُمرَى أو رُقبى ، أو ما بقيت . أو أعطيتكها**) عمرك أو حياتك أو عمرى أو رقبى أو ما بقيت : (**فتصح**) ؛ لما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « العمرى جائزة لأهلها [والرقبى جائزة لأهلها][2] »[3] . رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) ساقط من أ .

(٣) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٥٥٨) ٣ : ٢٩٥ كتاب الإجارة . باب في الرقبى .

وأخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٥١) ٣ : ٦٣٣ كتاب الأحكام . باب ما جاء في الرقبى .

وحكي عن بعضهم : أن العمرى والرقبى لا يصحان ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا تعمروا ولا ترقبوا »[1] .

وأجيب عن ذلك : بأن النهي إنما ورد على سبيل الإعلام لهم : إنكم إن أعمرتم أو أرقبتم نفذ للمعمر والمرقب ولم يعد إليكم منه شيء . وسياق الحديث يدل عليه ، فإنه قال : « فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً وعقبه »[2] . ولو أريد به[3] حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها . فإن النهي إنما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة .

أما إذا كانت صحة المنهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته ؛ كالطلاق في زمن الحيض . وصحة العمرى ضرر[4] على المعمر فإن ملكه يزول بغير عوض .

(و) حيث تقرر هذا فإن الأشياء المعمرة (**تكون لمُعْمِر . ولورثته بعده : إن كانوا ؛ كتصريحه . وإلا**) أي : وإن لم يكن له وارث : (**فلبيت المال**) . نص عليه ؛ كسائر المال المخلف .

(**وإن شرط**) الواهب على من وهب له هبة (**رجوعها ، بلفظ : إرقاب أو غيره ، لمعمر**) أي : لواهب (**عند موته**) مطلقاً . (**أو**) شرط رجوعها (**إليه**) أي : إلى الواهب بشرط وهو : (**إن مات**) الموهوب له (**قبله . أو**) شرط رجوعها (**إلى غيره**) ؛ كإلى ورثة الواهب إن مات قبل الموهوب له .

(و) هذه (**هي الرقبى**) وسميت بذلك ؛ لأن كلاً منهما يرقب موت صاحبه .

وقد روي عن أحمد : أن الرقبى أن يقول : هي لك حياتك فإذا مت فهي لفلان أو راجعة إليَّ . والحكم في الصورتين واحد .

(**أو شرط**) الواهب (**رجوعها مطلقاً**) أي : من غير تقييد بموت أو غيره (**إليه ، أو إلى ورثته ، أو آخرهما موت : لغى الشرط ، وصحت**) الهبة

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ١٧٥ كتاب الهبات . باب الرقبى . عن جابر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٥) ٣ : ١٢٤٦ كتاب الهبات . باب العمرى .

(٣) ساقط من ب .

(٤) في ب : ضرراً .

(لمُعْمَر) اسم مفعول (وورثته كالأول) أي : كالمتقدم ذكره أولاً . وبهذا قال جابر بن عبدالله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاووس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ؛ لما روي عن جابر قال : « قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وُهبت له »[١] . متفق عليه .

وعن زيد بن ثابت « أن النبي ﷺ جعل الرقبى للذي أُرْقِبَها »[٢] . رواه أحمد والنسائي .

وفي لفظ : « جعل الرقبى للوارث »[٣] رواه أحمد .

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « العمرى جائزة لمن أعمرها [والرقبى جائزة لمن أُرْقِبَها][٤] »[٥] رواه أحمد والنسائي .

وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تُعمروا ولا تُرقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له محياه ومماته »[٦] . رواه أحمد والنسائي .

وكل هذه نصوص تدل على مُلك المعمر والمرقب . مع بطلان شرط العود ؛ لأنه إذا ملك لم ينتقل عنه بالشرط .

ولأنه شرط شرطاً ينافي مقتضى العقد . فصح العقد وبطل الشرط ؛ كما لو

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٤٨٢) ٢ : ٩٢٥ كتاب الهبة وفضلها . باب ما قيل في العمرى والرقبى .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٥) ٣ : ١٢٤٦ كتاب الهبات . باب العمرى .

(٢) أخرجه النسائي في « سننه » (٣٧٠٧) ٦ : ٢٦٩ كتاب الرقبى . ذكر الاختلاف على ابن أبي نجيح في خبر زيد بن ثابت فيه .
وأخرجه أحمد في « مسنده » (٢١٦٨٨) ٥ : ١٨٩ .

(٣) أخرجه أحمد في « مسنده » (٢١٦٦٨) ٥ : ١٨٦ .

(٤) ساقط من ب .

(٥) أخرجه النسائي في « سننه » (٣٧١٠) ٦ : ٢٦٩ كتاب الرقبى . ذكر الاختلاف على أبي الزبير .
وأخرجه أحمد في « مسنده » (٢٢٥١) ١ : ٢٥٠ .

(٦) أخرجه النسائي في « سننه » (٣٧٣٢) ٦ : ٢٧٣ كتاب العمرى . ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى .
وأخرجه أحمد في « مسنده » (٥٤٢٢) ٢ : ٧٣ .

شرط في البيع أنه لا يبيعه . نص أحمد على بطلان الشرط في رواية أبي طالب ؛ للأحاديث المطلقة المتقدم ذكرها .

وعنه : صحة الشرط والعقد . وبه قال مالك والزهري وأبو ثور وداود وغيرهم ؛ لما روى جابر قال : « إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك . فأما إذا قال : هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها »[١] متفق عليه .

وأجيب عنه : بأنه من قول جابر نفسه فلا يعارضه ما روي عن النبي ﷺ .

وإذا قال أحد شريكين في قن للقن المشترك : أنت حبيس على آخرنا موتاً : لم يعتق بموت الأول منهما ، ويكون في يد الآخر عارية فإذا مات عتق . ذكره القاضي في « المجرد » . نقله في القاعدة الثالثة والأربعين .

ولا يصح إعمار المنافع ولا إرقابها .

(و) على هذا لو قال مالك شيء منتفع به لآخر : (**مَنَحْتُكَه**) عمرك .

(و) كذا لو قال له عن بيته : (**سُكناه**) لك عمرك .

(و) كذا لو قال عن بستانه أو نحوه : (**غلَّته**) لك عمرك .

(و) كذا لو قال عن قنِّه : (**خدمتُه لك**) . فإنه يكون في هذه الصور كلها (**عارية**) . له الرجوع متى شاء في حياته وبعد موته . نقله جماعة عن أحمد .

وروي معناه عن حفصة . وبهذا قال أكثر العلماء ؛ لأن المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً بمضي الزمان . فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منه .

وعلم مما تقدم أن العمرى تصح في غير العقار من الحيوان والثياب ونحوهما ؛ لأنها نوع هبة . فصحت في ذلك ؛ كسائر الهبات .

* * *

---

(١) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٥) ٣ : ١٢٤٦ كتاب الهبات . باب العمرى . ولم أره في البخاري .

(فصل) في حكم عطية الأولاد

وحكم الرجوع فيها وغير ذلك .

(**ويجب**) على واهبٍ ذكر أو أنثى (**تعديلٌ بين من يرث**) من الواهب (**بقرابة : من ولد وغيره**) ؛ كآباء وإخوة وأعمام وبنيهم . (**في هبة**) شيء (**غير تافه**) . نص عليه . وهو المذهب .

وعنه : وفيه مع تساو فقرًا وغنى[1] .

وذلك التعديل الواجب (**بكونها**) أي : الهبة تقسط عليهم (**بقدر إرثهم**) . نص عليه في رواية الجماعة واختاره الأكثر .

والأصل في ذلك ما روى جابر قال : « قالت امرأة بشير لبشير : أعط ابني غلاماً . وأَشْهد لي رسول الله ﷺ . فأتى رسول الله ﷺ . فقال : إن ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي . قال : له إخوة ؟ قال : نعم . قال : كلهم أعطيتَ مثل ما أعطيته ؟ قال : لا . قال : فليس يصلح هذا . وإني لا أَشْهَد إلا على حق »[2] . رواه أحمد ومسلم وأبو داود .

ورواه أحمد من حديث النعمان بن بشير وقال فيه : « لا تُشْهدني على جَوْر . إن لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم »[3] .

---

(١) في أ و ب : تساوي .

(٢) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٤) ٣ : ١٢٤٤ كتاب الهبات . باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة .

وأخرجه أبو داود في « سننه » (٣٥٤٥) ٣ : ٢٩٣ كتاب الإجارة . باب في الرجل يفضل بعد ولده في النحل .

وأخرجه أحمد في « مسنده » (١٤٤٩٣) ٣ : ٣٢٦ .

(٣) أخرجه أحمد في « مسنده » (١٨٣٨٩) ٤ ٢٦٨ .

وفي لفظ لمسلم : « فانطلق أبي إليه يشهده على صدقتي . فقال رسول الله ﷺ : أفعلت هذا بولدك كلِّهم؟ قال : لا . قال : اتقوا الله واعدلوا في أولادكم . فرجع أبي في تلك الصدقة »[١] .

وللبخاري مثله[٢] . لكن ذكره بلفظ العطية لا بلفظ الصدقة .

وروى النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال : « اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم »[٣] . رواه أحمد وأبو داود والنسائي .

فأمر بالعدل بينهم . وسمى تخصيص أحدهم دون الباقين جوراً . والجور حرام فدل على أن أمره بالعدل ؛ للوجوب والحتم .

ولأن في التقسيط بقدر الإرث اقتداء بقسمة الله تعالى ، وقياساً لحال الحياة على حال الموت .

قال عطاء : « ما كانوا يقتسمون إلا على كتاب الله تعالى » .

فعلى هذا تكون بين الأولاد والإخوة ونحوهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

وعنه : أن المستحب أن يكون ذكر كأنثى .

وعلى المذهب : (**إلا في نفقة فتجب الكفاية**) دون التعديل . نص عليه .

ونقل أبو طالب : لا ينبغي أن يفضل أحداً من ولده في طعام وغيره .

قال إبراهيم : كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القُبَل .

قال في « الفروع » : فدخل فيه نظر وقف . واحتج به الحارثي على وجوبه مع وجوب النفقة لبعضهم . والأصح هنا : لا . انتهى .

---

(١) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٣) ٣ : ١٢٤٢ الموضع السابق .

(٢) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٤٤٧) ٢ : ٩١٤ كتاب الهبة وفضلها . باب الإشهاد في الهبة .

(٣) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٥٤٤) ٣ : ٢٩٣ كتاب البيوع . باب في الرجل يفضل بعد ولده في النحل .

وأخرجه النسائي في « سننه » (٣٦٨٧) ، ٢٦٢ كتاب النحل . ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل .

وأخرجه أحمد في « مسنده » (١٨٤٦٥) ٤ : ٢٧٨ .

وقيل : إن التعديل مختص بالأولاد للصلب .

وقيل : بالأولاد مطلقاً . ونصره في « المغني » وقال فيه : وإن خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه مثل : اختصاصه بحاجة ، أو زمانة ، أو عمى ، أو كثرة عائلة ، أو اشتغاله بالعلم ونحوه من الفضائل ، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته ، أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله تعالى أو ينفقه فيها . فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك ؛ لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس به إذا كان للحاجة ، وأكرهُه إذا كان على سبيل الأثرة . والعطية في معناه . ويحتمل ظاهر لفظه المنع من[1] التفضيل والتخصيص على كل حال ؛ لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته .

والأول أولى إن شاء الله تعالى وعلله .

قال في « الإنصاف » : وأما الزوج والزوجة فلا يدخلان في لفظ الأولاد والأقارب ، بلا نزاع بين الأصحاب . فهم خارجون من هذه[2] الأحكام . صرح به في « الرعاية » وغيرها . وهو ظاهر كلام الباقين . انتهى .

(**وله**) أي : للمعطي (**التخصيص**) لبعض أقاربه الذين يرثونه (**بإذن الباقي**) منهم . ذكره الحارثي ؛ لأن العلة في تحريم التخصيص كونه يورث العداوة وقطيعة الرحم . وهي منتفية مع الإذن .

وعلم مما تقدم أنه يجوز تفضيل البعض بإذن الباقي من باب أولى .

وحيث تقرر وجوب التعديل وتحريم التخصيص والتفضيل للبعض إلا بإذن الباقي . (**فإن خصَّ أو فضَّل**) بعضاً (**بلا إذن**) من الباقي : (**رجع**) فيما خَصَّ به بعضهم ، أو فيما فضَّله به على الباقي ، (**أو أعطى**) الباقين (**حتى يستووا**) بمن خصه أو فضله . نص على ذلك في رواية يوسف بن موسى .

قال الزركشي : وهو ظاهر كلام الأكثرين . انتهى .

---

(١) في أ : في .
(٢) في أ : هذا .

وظاهر كلام المتن يشمل ما إذا فعل ذلك في مرض الموت وأن له أن يعطي في مرض الموت الباقين حتى يستووا .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب ، وذكر من صححه واختاره وقدمه . ثم قال : وعنه : لا يعطي في مرضه . وهو قول قدمه في « الرعايتين » .

(**فإن مات**) الواهب (**قبله**) أي : التعديل ، (**وليست**) الهبة (**بمرض موته**) أي : المعطي : (**ثبتت لآخذ**) أي : للذي أعطيها . فلا يملك بقية الورثة الرجوع . نص عليه في رواية محمد بن الحكم والميموني ، وبه قال أكثر أهل العلم .

وعنه : لا يثبت وللباقين الرجوع . اختاره أبو عبد الله بن بطة وأبو حفص العكبريان ،

وحكي ه بطلانها . اختاره الحارثي .

وجه الأول : ما روى مالك عن عائشة « أن أبا بكر رضي الله تعالى عنهما نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية . فلما مرض قال : يا بنية ! كنتُ نحلتك جذاذ عشرين وسقاً . ووددت لو كنت حزتيه . ولو كنت حزتيه أو قبضتيه كان لك . فإنما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله تعالى »[١] .

فدل على[٢] أنها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع .

ولأنها عطية لذي رحم ؛ فلزمت بالموت ؛ كما لو انفرد .

فإن قيل : إن في فعل أبي بكر دليلاً على جواز التفضيل بالإعطاء لبعض الورثة .

فالجواب : أن ذلك يحتمل لخصوصية فيها ؛ لكونها أم المؤمنين أو غير ذلك من فضائلها . أو أنه نحل معها غيرها . أو أنه نحلها وهو يريد أن ينحل

---

(١) أخرجه مالك في « موطئه » (٤٠) ٢ : ٥٧٦ كتاب الأقضية . باب ما لا يجوز من النحل .

(٢) زيادة من ج .

غيرها فأدركه الموت أو غير ذلك ؛ لأن أقل أحوال التفضيل الكراهة . والظاهر من حال أبي بكر رضي الله تعالى عنه اجتناب المكروهات .

ولا خلاف بين أهل العلم في كراهة تفضيل بعض الولد على بعض .

فإن أعطى أحد ابنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه . فإنه سئل ممن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته ؟ فقال : لو كان أعطاه في صحته .

قال في « المغني » : فيحتمل وجهين :

أحدهما : لا يصح ؛ لأن عطيته في مرضه كوصيته . ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه .

والثاني : يصح ؛ لأن التسوية بينهما واجبة ولا طريق لهما في هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة . فتصح ؛ كقضاء دينه .

(**وتحرم الشهادة على تخصيص أو تفضيل ، تحمُّلًا وأداءً**) إن علم [الشاهد بالتخصيص أو التفضيل][1] .

قال في « الإنصاف » : قاله في « الفائق » وغيره .

قال الحارثي : قاله الأصحاب ونص عليه . انتهى .

والأصل في ذلك : أن في لفظ حديث النعمان المتقدم الذي رواه الامام أحمد : « لا تشهدني على جور »[2] .

فإن قيل : فقد ورد بلفظ : « فأشهد على هذا غيري »[3] . وهذا أمر وأقل أحواله الاستحباب ، فكيف تحرم الشهادة على ذلك مع استحباب الإشهاد ؟

---

(١) زيادة من ج .

(٢) سبق تخريجه ص (٢٩٣) رقم (٣) .

(٣) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٣) ٣ : ١٢٤٣ كتاب الهبات . باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة .

فالجواب : أن قوله : فأشهد تهديد ؛ كقوله تعالى : ﴿ ٱعْمَلُواْ مَا شِئْتُمْ ﴾ [فصلت : ٤٠] . ولو لم يَفهم هذا المعنى بشير من قول النبي ﷺ لبادر إلى الامتثال ولم يردّ العطية .

وأيضاً فإنه لو لم يُحمل على ذلك للزم أن يكون تناقض في حديث من لا ينطق عن الهوى ﷺ .

(**وكذا**) في حكم تحريم الشهادة عليه (**كل عقد فاسد عنده**) أي : عند الشاهد ؛ لاعتقاده عدم جوازه ، قياساً على التخصيص .

قال في « التنقيح » عن عدم الجواز : قاله المصنف ـ يعني : الموفق ـ وغيره في الرهن .

وقال القاضي : يُشهد وهو أظهر . انتهى .

(**ويباح**) لمن له وارث (**قسمة ماله بين وارثه**) . نقله الأكثر . والمراد : على قسمة الله تعالى .

ووجه الإباحة : أنها قسمة ليس فيها جور ، فجازت في جميع ماله ؛ كبعضه .

وعنه : يكره . وقيَّدها بعض الأصحاب بما إذا أمكن أن يولد له .

ونقل ابن الحكم : لا يعجبني أن يأكل منه شيئاً .

(**و**) متى وجدت القسمة ثم حدث له وارث : فإنه (**يعطى**) وارث (**حادث حصته**) مما قسم (**وجوباً**) ؛ لأن بذلك يحصل التعديل وهو واجب .

وقيل : استحباباً .

وأصلهما من قول الإمام : أعجب إليّ أن يسوي بينهم . واقتصر على النص في « المغني » و« الشرح » .

(**وسُن**) لمن أراد أن يقف شيئاً على أولاده أو نحوهم أن يسوي بينهم على عدد رؤوسهم . وهو : (**أن لا يزاد ذكر على أنثى في وقف**) ؛ لأن القصد القربة

على وجه الدوام . ذكره القاضي وغيره وقدمه في « الفروع » . قال : وتستحب التسوية ، ذكر كأنثى في وقف .

نقل ابن الحكم : لا بأس . قيل : فإن فضل ؟ قال : لا يعجبني على وجه الأثرة ، إلا لعيال بقدرهم .

وقيل : بل كهبة . يعني : أنه يستحب أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقيل : يجب .

(**ويصح**) من مريض مرض الموت (**وقف ثلثه في مرضه ووصية**) منه (**بوقفه**) أي : الثلث (**على بعضهم**) أي : بعض ورثته .

قال أحمد في رواية جماعة منهم الميموني : يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته . فقيل له : أليس تذهب أنه لا وصية لوارث؟ فقال : نعم . والوقف غير الوصية ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة . ومراد الإمام بكونه : لا يصير ملكاً يعني : طَلْقاً[(١)] . وذلك لما تقدم من أن الوقف ملك للموقوف عليه المعين . والله أعلم .

وصرح أحمد بن الحسن في مسألة الإمام بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض . فقال : جائز . واحتج الإمام بحديث عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال : « هذا ما أوصى به عبد الله عمر ، أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغاً صدقة ، والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ، ورقيقه الذي فيه ، والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ ، تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذوي الرأي من أهله . لا يباع ولا يشترى . تنفقه حيث ترى من السائل والمحروم وذوي القربى . ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقاً »[(٢)] . رواه أبو داود بنحو من هذا .

ووجه الحجة منه : أنه جعل لحفصة أن تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقاً .

---

(١) في أ و ج : مطلقاً .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٨٧٩) ٣ : ١١٧ كتاب الوصايا . باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف .

قال الميموني : قلت لأحمد : إنما أمر النبي ﷺ عمر بالإيقاف وليس في الحديث الوارث ؟ قال : فإذا كان النبي ﷺ أمره فهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعاً . انتهى .

وهذا اختيار الأكثر .

قال في « الإنصاف » : جاز على الصحيح من المذهب . نص عليه . انتهى .

وعنه : كهبة فيصح بالإجازة .

وعنه : لا يصح ذلك إن قيل : إنه هبة .

فعلى الأول لو سوى بين ابنه وبنته في دار لا يملك غيرها فرداً : فثلثها وقف بينهما بالسوية وثلثاها ميراث . وإن رد الابن وحده فله ثلثا الثلثين إرثاً وللبنت ثلثهما وقفاً . وإن ردت البنت وحدها فلها ثلث الثلثين إرثاً وللابن نصفها وقفاً وسدسهما إرثاً لرد الموقوف عليه . وكذا لو رد التسوية فقط دون أصل الوقف وللبنت ثلثهما وقفاً .

و (**لا**) يصح (**وقف مريض ولو**) كان وقفه (**على أجنبي بزائد**) أي : بجزء زائد (**على الثلث**) أي : ثلث ماله .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . انتهى .

قال في « الفروع » : جزم به الشيخ وغيره وأطلق بعضهم وجهين .

قال (**المنقح : ولو**) وقع ذلك (**حيلة**) وذلك (كـ) وقف مريض ونحوه (**على نفسه ثم عليه**) . انتهى .

وهو كما قال ؛ لأن قواعد المذهب تقتضي بطلان الحيل . والله أعلم .

ووجه المنع من الزائد على الثلث : أن ذلك كالهبة في مرض الموت ، أو الوصية بزائد على الثلث .

(**ولا**) يصح (**رجوع واهب**) في هبة (**بعد قبض**) أي : بعد لزومها . (**ويحرم**) الرجوع أيضاً ؛ لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « العائد في

هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه »[1] . متفق عليه .

وفي رواية لأحمد قال قتادة : « ولا أعلم القيء إلا حراماً »[2] .

وشمل هذا الإطلاق : أنه سواء عوض عنها أو لم يعوض . وهو المذهب ؛ لأن العطية[3] المطلقة لا تقتضي الثواب .

(إلا من وهبت زوجها) شيئاً **(بمسألته)** إياها **(ثم ضرَّها بطلاق أو غيره)** ؛ كما لو تزوج عليها .

نقل أبو طالب : إذا وهبت له مهرها . فإن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت ؛ لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضراراً[4] بأن يتزوج عليها . وإن لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز[5] . انتهى .

لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تَطِب به نفساً . وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ [النساء : ٤] . وغير الصداق كالصداق .

وعنه : أن المرأة تملك الرجوع فيما وهبت زوجها مطلقاً . سواء سألها أو لم يسألها .

قال الأثرم : سمعت أحمد يُسأل عن المرأة تهب ثم ترجع . فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث : « إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقوام » .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٤٤٩) ٢ : ٩١٥ كتاب الهبة وفضلها . باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٢) ٣ : ١٢٤١ كتاب الهبات . باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض . . .

(٢) أخرجه أبو داود في « سننه » (٣٥٣٨) ٣ : ٢٩١ كتاب الإجارة . باب الرجوع في الهبة .

(٣) في ج : الهبة .

(٤) في ب : إضرار .

(٥) في أ : جائزاً .

وذكر حديث عمران : « النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة . وأيما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تقتصره فهي أحق به » . رواه الأثرم بإسناده .

وعنه : لا رجوع لها مطلقاً ؛ لعموم حديث ابن عباس المتقدم[1] .

وعنه : يرد عليها الصداق دون غيره مطلقاً .

وقيل : إن وهبته لدفع ضرر فلم يندفع ، أو لوجود شرط فلم يوجد : رجعت ، وإلا فلا .

(و) إلا (**الأب**) نص عليه ؛ لما روى طاووس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ قال : « ليس لأحد أن يعطي عطية ويرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده »[2] رواه الترمذي وقال : حديث حسن .

ولما في بعض الألفاظ حديث بشير المتقدم من قول النبي ﷺ لبشير : « فاردده »[3] .

وروي « فأرجعه »[4] . رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير .

وظاهر عبارة المتن : أنه لا فرق بين أب يقصد برجوعه التسوية بين أولاده وبين غيره . وهو كذلك .

وظاهره أيضاً : أن الأب لو كان كافراً ووهب ولده الكافر شيئاً ثم أسلم الولد أن له الرجوع في هبته بعد ذلك . وهو المذهب . ومنع ذلك الشيخ تقي الدين .

وعنه : ليس للأب الرجوع ؛ كالجد والأم . وفيهما وجه .

---

(١) ص (٣٠١) رقم (١) .

(٢) أخرجه الترمذي في « جامعه » (١٢٩٨) ٣ : ٥٩٢ كتاب البيوع . باب ما جاء في الرجوع في الهبة .

(٣) أخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٣) ٣ : ١٢٤٢ كتاب الهبات . باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة .

(٤) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٤٤٦) ٢ : ٩١٣ كتاب الهبة وفضلها . باب الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئاً . . .

وأخرجه مالك في « موطئه » (٣٩) ٢ : ٥٧٦ كتاب الأقضية . باب ما لا يجوز من النحل .

وفرَّق الإمام بين الأب والأم . قال في رواية الأثرم : ليست هي عندي كالرجل ؛ لأن له أن يأخذ من مال ولده . بخلاف الأم . ولولايته وحيازته جميع المال .

وعنه : له الرجوع إلا أن يتعلق بما وهبه لابنه حق أو رغبة .

والمذهب : أن له الرجوع .

(**ولو تعلق بما وهب حق ؛ كفلس**) أي : كأن يفلس الولد والمال الموهوب في يده ، (**أو**) يتعلق بالمال الموهوب (**رغبة ؛ كتزويج**) أي : بأن يزوجوا الموهوب إن كان ذكراً رغبة فيما بيده من المال الموهوب ، أو يتزوجوها إن كانت أنثى رغبة فيما بيدها من المال الموهوب ؛ لعموم الخبر .

ولأن حق الغريم تعلق بالمال ؛ كتعلق الغريم الذي لم يجد عين ما باعه عند المفلس . وحق رجوع الوالد كتعلق من وجد عين ماله الذي لم يقبض من ثمنها شيئاً ، والمتزوج لم يتعلق حقه بعين هذا المال . فلم يمنع الرجوع فيه .

(**إلا إذا وهبه**) أي : وهب الوالد ولده (**سُرِّية للإعفاف**) : فإنه لا يملك الرجوع فيها (**ولو استغنى**) عنها الولد بتزوجه أو شرائه غيرها أو بغير ذلك .

قال في « الإنصاف » : وإن لم تكن أم ولد فإنها ملحقة بالزوجة . ونص عليه أحمد في أكثر الروايات . انتهى .

قال في « الرعاية الكبرى » في كتاب[1] النكاح : يجب إعفاف الأب وإن علا والابن وإن سفل . ثم قال بعد ذلك : فإن استغنى عنها بعد ذلك لم يرجع الواهب فيها .

وقيل : بلى . انتهى .

فسماه واهباً .

(**أو إذا أسقط حقه**) أي : الأب (**منه**) أي : من الرجوع فإنه يسقط ؛ لأن الرجوع مجرد حقه وقد أسقطه فسقط .

---

(١) في أ : وكتاب .

وقيل : لا يسقط ؛ لأنه حق ثبت له بالشرع . فلم يسقط بإسقاطه ؛ كما لو أسقط الولي حقه من ولاية النكاح .

وفرق بينهما : بأن ولاية النكاح حق عليه لله تعالى وللمرأة بدليل إثمه بالعضل . بخلاف الرجوع .

(**ولا يمنعه**) أي : الرجوع (**نقص**) يحصل في العين الموهوبة بيد الولد . سواء كان النقص في القيمة ؛ كما لو كان الموهوب عبداً قيمته مائة فصارت ثمانين . أو في الذات ؛ كما لو تآكلت يده وسقطت ، أو قطعها الموهوب له أو غيره ، أو جنى جناية تعلق أرشها برقبته . وعلى الأب في هذه إن رجع ضمان أرش الجناية . ولا ضمان على الابن للأب في شيء مما تقدم .

ومتى رجع في رقيق أو بهيمة وقد جنى عليه أو عليها : فأرش الجناية للابن ؛ لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة .

(**أو زيادة منفصلة**) يعني : أن حصول الزيادة المنفصلة ؛ كالولد والثمرة وكسب الرقيق الموهوب لا يمنع الرجوع ؛ لأنه في الأصل دون النماء .

(**وهي**) أي : الزيادة (**للولد**) ؛ لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ . فكذا هنا .

(**إلا**) إذا كان الموهوب أمة حائلاً فإنها (**إذا حملت الأمة وولدت**) عند الابن : (**فـ**) إن ذلك (**يمنع**) الرجوع (**في الأم**) التي هي الموهوبة ؛ لأن الرجوع هنا يدعو إلى التفريق بين الوالدة وولدها . وهو محرم .

وقيل : إن الزيادة المنفصلة للأب .

فعلى هذا فله[1] الرجوع في الأمة وولدها .

(**وتمنعه**) أي : الرجوع الزيادة (**المتصلة**) بالعين الموهوبة ؛ كالسِّمَن والكبر والحمل وتعلم الصنعة .

---

(١) ساقط من أ و ب .

قال في « الإنصاف » بعد أن ذكر من أطلق الروايتين في ذلك : إحداهما : تمنع . صححه في « التصحيح » ونصره المصنف والشارح .

قال في القاعدة الحادية والثمانين بعد إطلاق الروايتين : والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور امتناع الرجوع . وهو المذهب على ما اصطلحناه في الخطبة .

والرواية الثانية : لا تمنع . نص عليه في رواية حنبل . وهو اختيار القاضي وأصحابه . قاله الحارثي . واختاره ابن عبدوس في « تذكرته » . وقال : ويشارك بالمتصله .

قال في « القواعد » : وعلى القول بجواز الرجوع : لا شيء على الأب ؛ للزيادة . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

قال في « المغني » معللاً لمنع الرجوع : بأن الزيادة للموهوب له ؛ لكونها نماء ملكه ولم تنتقل إليه من جهة أبيه . فلم يملك الرجوع فيها ؛ كالمنفصلة . وإذا امتنع الرجوع امتنع في الأصل ؛ لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص .

ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه . فمنعه الزيادة المتصلة ؛ كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو بصفة الطلاق ، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري .

ويفارق الرد بالعيب من جهة : أن الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة . ثم قال بعد ذلك بأسطر : وإن زاد ببرئه من مرض أو صمم منع الرجوع ؛ كسائر الزيادات .

(**ويصدق أب في عدمها**) . يعني : لو قال الابن لأبيه : قد زادت العين الموهوبة فامتنع رجوعك فيها وأنكر الأب وجود الزيادة : كان القول قوله في عدمها ؛ لأن الأصل عدمه[1] .

---

(١) في ب : معه .

(**و**) يمنع الرجوع أيضاً في الشيء الموهوب (**رهنه**) اللازم ؛ لأن في الرجوع إبطالاً لحق المرتهن وعليه ضرر في ذلك وهو ممنوع شرعاً .

(**إلا أن ينفك**) الرهن بوفاء أو غيره . فيملك الرجوع إذاً ؛ لأن ملك الابن لم يزل ، وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع ، فإذا زال زال المنع .

(**و**) يمنع الرجوع أيضاً (**هبة الولد**) ذلك الشيء الموهوب له من قبل أبيه (**لولده**) ؛ لأن في رجوع الواهب الأول إذاً إبطالاً لملك غير ابنه .

وهو لا يملك ذلك (**إلا أن يرجع هو**) أي : الواهب الثاني في هبته لابنه . فإن الواهب الأول يملك الرجوع حينئذ ؛ لأنه فسخ هبته برجوعه . فعاد إليه الملك بالسبب الأول .

وفيه وجه : لا يملك الرجوع ؛ كما لو عاد[1] بسبب غير رجوعه .

(**و**) مما يمنع الرجوع أيضاً (**بيعه**) أي : بيع الابن للشيء الموهوب . قال بعضهم : قولاً واحداً .

وكذا كل ما ينقل الملك في الرقبة ؛ كالهبة والوقف . أو يمنع التصرف فيها ؛ كالاستيلاد . ولو لم يهبها له لذلك .

(**إلا أن يرجع**) المبيع (**إليه**) أي : إلى الولد البائع لذلك (**بفسخ أو فلس مشتر**) فإن الأب الواهب يملك الرجوع فيه إذاً ؛ لأنه عاد إلى الابن بالسبب المانع من الرجوع . أشبه الفسخ بالخيار .

وقيل : لا يملك الرجوع ؛ كما لو رجع إليه بسبب آخر ؛ مثل : إن اشتراه أو اتهبه من مشتريه . وإنما لم يملك الرجوع في مثل ذلك ؛ لأن الموهوب عاد إلى الولد بملك جديد لم يستفده[2] من قبل أبيه . فلم يملك إزالته ؛ كما لو لم يكن موهوباً .

و (**لا**) يمنع الأب الرجوع في رقيق وهبه لابنه (**إن دبره**) الابن (**أو**

---

(١) في أ : عاده .

(٢) في أ : يستفيده .

كاتبه) ؛ لأن كلاً من التدبير والكتابة لا يمنع التصرف في الرقبة بالبيع ونحوه فلم يمنع الرجوع . أشبه ما لو زوج الرقيق الموهوب أو آجره .

وقيل : إن الكتابة والتدبير يمنعان الرجوع إن قلنا بعدم صحة بيع المدبر والمكاتب .

(و) على المذهب (**يملكه**) أي : يملك الأب الرقيق الذي وهبه لولده ثم رجع فيه بعد أن كاتبه الولد (**مكاتباً**) ؛ لأن الابن لا يملك إبطال الكتابة فكذلك من انتقل إليه . وكذا كل عقد لازم ؛ كالإجارة والتزويج . فإن الأب إذا رجع في الموهوب وهو مؤجر أو مزوّج لم يملك إبطال عقد الإجارة والتزويج ونحوهما . وما أخذه الابن من دين الكتابة أو مهر الأمة لم يأخذه منه أبوه ، وما يحل بعد رجوع الأب فللأب .

وعلم مما تقدم أن وطء الابن الأمة إذا لم تحبل منه ، وتعليق[1] العتق بصفة ، والمزارعة على الأرض الموهوبة ، والمساقاة على الأشجار الموهوبة ونحو ذلك : لا يمنع الرجوع ؛ لأنه لا يمنع التصرف في الرقبة . أشبه الوصية بالشيء الموهوب .

(**ولا يصح رجوع إلا بقول**) بأن يقول : قد رجعت في هبتي أو ارتجعتها أو رددتها أو عدت فيها ونحو ذلك ؛ لأن الملك ثابت للموهوب له يقيناً . فلا يزول إلا باليقين . وهو صريح الرجوع .

وقيل : إن أخذ الأب ما وهبه لابنه مع قرينة تدل على الرجوع [كان رجوعاً . وكذا بيعه وعتقه . ولا ينفذ على المذهب .

ولا يحصل الرجوع][2] بنيته من غير قول ولا فعل وجهاً واحداً ؛ لأن الرجوع إثبات ملك على مملوك لغيره . فلم يحصل بمجرد النية ؛ كسائر تجدد الأملاك .

ومَنَع في « المغني » صحة تعليق الرجوع على شرط .

***

---

(١) في أ : وتعلق .

(٢) اقط من ب .

فصل [في حكم تملك الأب مال ولده]

وحكم ما ليس له التصرف فيه من ماله وغير ذلك .

(**ولأبٍ حُرّ تملك ما شاء من مال ولده**) . سواء كان الأب محتاجاً لما تملّكه أو لا . وسواء كان الولد صغيراً أو كبيراً ، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى .

قال في « الفروع » : ولو أراد أخذه مع غناه فليس له أن يأبى عليه .

نقل الأثرم : ولو كنت أنا لجبرته على دفعه إليه ، على حديث النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك »[1] .

(**ما لم يضرّه**) أي : يضر الأب ولده بما يتملكه من ماله بأن تتعلق حاجة الابن به . نص عليه ؛ كما لو كان الذي تملكه الأب آلة حرفة يتكسب بها الولد أو نحو ذلك ؛ لأن حاجة الإنسان مقدمة على دَيْنه . فلأن تقدم على أبيه بطريق الأولى .

(**إلا سُرِّيته**) أي : الأمة التي وطئها الولد (**ولو لم تكن أم ولد**) فإنها ملحقة بالزوجة . ونص عليه أحمد في أكثر الروايات . نقله في « الإنصاف » .

(**أو ليعطيه**) الأب (**لولد آخر**) بأن يتملك من مال ولده هذا ويعطيه لولده هذا . فيمنع من ذلك . نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد ؛ وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه . فلأن يُمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى .

(**أو**) يكون التملك (**بمرض موت أحدهما**) .

قال في « الإنصاف » : قال الشيخ تقي الدين : قياس المذهب : أنه ليس

---

(١) سيأتي تخريجه ص (٣١٠) رقم (٦) ، وص (٣١١) رقم (٢) .

للأب أن يتملك من مال ابنه في مرض موت الأب ما يخلفه تركة ؛ لأنه بمرضه قد انعقد السبب القاطع لتملكه . فهو كما لو تملك في مرض موت الابن . انتهى .

فعلم مما تقدم صحة تملك الأب دون الأم والجد من مال ابنه ما شاء ما عدا ما استثني .

قال في « الإنصاف » عند قول الموفق : وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء : هذا المذهب بشرطه ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم ، ومنع من ذلك ابن عقيل . ذكره في مسألة الإعفاف .

وقال الشيخ تقي الدين : ليس للأب الكافر أن يتملك مال ولده المسلم . لا سيما إذا كان الولد كافراً ثم أسلم .

قلت : وهذا عين الصواب .

وقال أيضاً : والأشبه أن الأب المسلم ليس له أن يأخذ من مال ولده الكافر شيئاً . انتهى .

وعنه : أن له أن يتملك ما شاء من مال ولده ما لم يجحف به[1] . جزم به في « الكافي » .

وعنه : له تملكه كله .

وقيل : له تملك ما احتاجه منه ، وفاقاً للأئمة الثلاثة .

وسأله ابن منصور [وغيره : يأكل][2] من مال ابنه ؟ قال : نعم . إلا أن يفسده فله القوت . نقله في « الفروع » .

استدل القائل بمنع التملك مطلقاً أو إلا ما احتاجه منه بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه »[3] . رواه الدارقطني .

وبما روى الحسن أن النبي ﷺ قال : « كل أحد أحق بكسبه من والده وولده

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : وعرض المال .

(٣) أخرجه الدارقطني في « سننه » (٩٢) ٣ : ٢٦ كتاب البيوع .

والناس أجمعين »[1] . رواه سعيد في « سننه » .

وهذا نص .

وبقوله ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم[2] عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا [في بلدكم هذا][3] »[4] متفق عليه .

وبأن ملك الابن تام على مال نفسه . فلم يجز انتزاعه منه ؛ كما لو تعلقت حاجة الابن بجميعه .

قال في « المغني » : ولنا : ما روت عائشة رضي الله تعالى عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم »[5] . أخرجه سعيد والترمذي وقال : حديث حسن .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : إن أبي اجتاح مالي . فقال : أنت ومالك لأبيك »[6] . رواه الطبراني في « معجمه » مطولاً .

ورواه غيره وزاد : « إن أولادكم من أطيب كسبكم . فكلوا من أموالهم »[7] .

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ١٠ : ٣١٩ كتاب المكاتب . باب من قال : يجب على الرجل مكاتبة عبده . . . عن أبي جبلة .

(٢) زيادة من ج .

(٣) ساقط من أ .

(٤) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٦٧) ١ : ٣٧ كتاب العلم . باب قول النبي ﷺ : « رب مُبلغ أوعى من سامع » .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٧٩) ٣ : ١٣٠٦ كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات . باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال .

(٥) أخرجه الترمذي في « جامعه » (١٣٥٨) ٣ : ٦٣٩ كتاب الأحكام . باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده .

(٦) أخرجه الطبراني في « الكبير » (٦٩٦١) ٧ : ٢٣٠ عن سمرة . و (١٠٠١٩) ١٠ : ٩٩ عن ابن مسعود . وأخرجه في « الصغير » ١ : ٨ عن ابن مسعود أيضاً .

(٧) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٢٩٢) ٢ : ٧٦٩ كتاب التجارات . باب ما للرجل من مال ولده .

وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال : « جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : إن لي مالاً وعيالاً ولأبي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي ؟ فقال النبي ﷺ : أنت ومالك لأبيك »(١) . أخرجه سعيد في « سننه » .

ولأن الله تعالى جعل الولد موهوباً لأبيه فقال : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ إِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ [الأنبياء : ٧٢] .

وقال : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ ﴾ [الأنبياء : ٩٠] .

وقال زكريا : ﴿ فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ﴾ [مريم : ٥]

وقال إبراهيم : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ ﴾ [إبراهيم : ٣٩] .

وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله ؛ كعبده .

وقال سفيان بن عيينة في قوله : ﴿ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ ﴾ [النور : ٦١] ثم ذكر سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم ؛ لأنهم دخلوا في قوله : ﴿ مِنۢ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم .

ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية . فكان له حق التصرف فيه ؛ كمال نفسه .

وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها . فإن النبي ﷺ جعل مال الابن مالاً لأبيه بقوله : « أنت ومالك لأبيك »(٢) . فلا تنافي بينهما .

وقوله : « أحق به من والده وولده »(٣) مرسل .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٢٩١) ٢ : ٧٦٩ الموضع السابق . عن محمد بن المنكدر ، عن جابر ابن عبد الله .

(٢) سبق تخريجه ص (٣١٠) رقم (٦) وص (٣١١) رقم (١) .

(٣) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ١٠ : ٣١٩ كتاب المكاتب . باب من قال : يجب على الرجل مكاتبة عبده . . .

ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه . لا على نفي الحق بالكلية . والولد أحق من الوالد بما تعلقت به حاجته . انتهى .

وفي الجد : رواية مخرجة أنه كالأب .

وفي الأم : وجه .

(**ويحصل**) تملك الأب (**بقبض**) لما يتملكه . نص عليه ، (**مع قول أو نية**) .

قال في « الفروع » : ويتوجه أو قرينة .

ووجه ذلك : أن القبض أعم من أن يكون للتمليك أو غيره . فاعتبر القول أو النية ؛ ليتعين وجه القبض . وأنه للتمليك[1] لا لغيره .

(**فلا يصح تصرفه قبله**) أي : القبض . (**ولو**) كان التصرف (**عتقاً**) . نص عليه أحمد ، فقال : لا يجوز عتق الأب لعبد ابنه ما لم يقبضه .

وفي « المبهج » : في تصرفه في غير مكيل وموزون روايتان . بناء على حصول ملكه قبل قبضه .

وقال أبو بكر في « التنبيه » : بيع الأب على ابنه وعتقه وصدقته ووطء إمائه ما لم يكن الابن قد وطيء : جائز .

ووجه المذهب : أن ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه . ويحل له وطء جواريه .

ولو كان الملك مشتركاً لم يحل له الوطء ؛ كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة . وإنما للأب انتزاعه منه ؛ كالعين التي وهبها إياها .

(**ولا يملك**) الأب (**إبراء نفسه**) من دين عليه لولده . وهذا مبني على أن[2] الولد يثبت له في ذمة أبيه الدين . وفي المسألة خلاف .

---

(١) في ب : للتملك .
(٢) ساقط من أ و ب .

قال في « الفروع » : وإن ثبت ففي ملكه إبراء نفسه نظر . قاله القاضي . وذكر غيره : لا يملكه ؛ كإبرائه لغريمه وقبضه منه ؛ لأن الولد لم يملكه . انتهى .

وإلى هاتين المسألتين المقيس عليهما أشير في المتن بقوله :

(**ولا**) يملك الأب إبراء (**غريم ولده ، ولا قبضه**) أي : قبض دين ولده (**منه ؛ لأن الولد لا يملكه إلا بقبضه**) من غريمه . (**ولو أقر الأب بقبضه**) أي : قبض دين ولده من غريمه ، (**وأنكر الولد**) ذلك : (**رجع**) الولد (**على غريمه ، و**) رجع (**الغريم على الأب**) .

قال في « الفروع » : ولو أقر بقبض دين ابنه فأنكر رجع على غريمه . وهو على[1] الأب . نقله مهنا . فظاهره : لا يرجع إن أقر الابن . انتهى .

ولم يزد على ذلك في « الإنصاف » . وهذا الظاهر مشكل على المذهب . ولعل ما نقله مهنا وقع جواباً عن سؤال سائل فلا يعوّل على مفهومه ولا ظاهره . والله أعلم .

(**وإن أولد**) الأب (**جارية ولده**) قبل تملكها : (**صارت له**) أي : للأب (**أم ولد**) ؛ لأن إحبال الأب لها يوجب نقل الملك إليه ، وحينئذ يكون الوطء مصادفاً للملك .

ومقتضاه أنها إذا لم تحبل منه أنها باقية على ملك الولد .

(**وولده**) منها حر ؛ لأنه من وطء انتفى فيه الحد للشبهة . فـ (**لا تلزمه قيمته**) لولده المنتقل عنه ملك الجارية لصيرورتها أم ولد للأب ؛ لأن الولد إنما أتت به في ملك الأب لكون إحبالها أوجب نقل الملك فيها .

(**ولا مهر**) عليه لولده ؛ لأن الوطء سبب نقل الملك فيها وإيجاب القيمة للولد كما سيأتي . والوطء الموجب للقيمة كالإتلاف[2] فلا يجتمع معه المهر .

---

(١) ساقط من ب .

(٢) في أ : كإتلاف .

(**ولا حد**) على الأب بهذا الوطء ؛ لشبهة الملك . فإن النبي ﷺ أضاف مال الولد إلى أبيه فقال : « أنت ومالك لأبيك »[1] .

وعنه : إن كان الابن وطئها فعلى الأب الحد .

وقال في « الإنصاف » : أنه الأولى .

(**ويُعزَّر**) [أي : الأب][2] من أجل ذلك ؛ لأنه وطىء وطئاً محرَّماً . أشبه ما لو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره .

وقيل : لا يعزر مطلقاً .

وقيل : لا يعزر إن لم تحبل .

(**وعليه**) أي : على الأب بسبب إحباله الجارية (**قيمتها**) للابن . لكن[3] ليس له مطالبته بها كما سيأتي .

قال في « الإنصاف » على قوله في « المقنع » : وليس للابن[4] مطالبة أبيه بدين ولا قيمة متلف ولا أرش جناية ولا غير ذلك :

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن ذلك يثبت في ذمته ، ولكن يُمنع من المطالبة . وهو أحد الوجهين ، والمذهب منهما قدمه في « المغني » . وهو ظاهر كلامه في « المحرر » و« الرعاية » و« الحاوي » .

قال الحارثي : من الأصحاب من يقول بثبوت الدين وانتفاء المطالبة ، منهم القاضي وأبو الخطاب وابن عقيل والمصنف . انتهى .

واختاره المجد في « شرحه » .

وقدم في « الفروع » : إذا أولد أمة ابنه : أنه يثبت قيمتها في ذمته . ذكره في باب أمهات الأولاد .

---

(١) سبق تخريجه ص (٣١٠) وص (٣١١) .

(٢) زيادة من ج .

(٣) ساقط من أ .

(٤) في أ : للأب . وهو تصحيف .

والوجه الثاني : لا يثبت في ذمة الأب شيء لولده .

قال الحارثي : وهو الأصح ، وبه جزم أبو بكر وابن البنا . وهو من المفردات . وهو المنصوص عن أحمد . وتأول بعض الأصحاب النص .

قال المصنف : ويحتمل أن يحمل المنصوص عن أحمد وهو قوله : إذا مات الأب بطل دين الابن ، وقوله : من أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه ليس عليه شيء . ولا يؤخذ من بعده : على أن أخذه وإنفاقه إياه : دليل على قصد التملك . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

وإنما يوجب إحبال الأب لأمة ابنه نقل الملك فيها وصيرورتها أم ولد له : إذا لم يكن الابن وطئها . (**ولا ينتقل الملك فيها إن كان الابن قد وطئها ، ولو لم يستولدها**) الابن ؛ لأنها بمجرد وطء الابن تصير من حلائل الأبناء . (**فلا تصير أم ولد للأب**) . نص عليه .

قال في « الفروع » : وإن كان ابنه يطؤها لم تصر أم ولد للأب في المنصوص .

قال ابن رجب في القاعدة الخامسة والخمسين : والمرجح عند صاحب « المغني » أنها تصير مستولدة ؛ لأن التحريم لا ينافي الاستيلاد ؛ كالأمة المشتركة . ولكن بينهما فرق وهو : أن هذه محرمة على التأبيد . بخلاف المشتركة . وقد نص أحمد على أن[1] النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة وإن كان زوجها صغيراً لا يولد لمثله في رواية حرب وابن بختان . وذكره أبو بكر وابن أبي موسى فالمؤبدة التحريم أولى . هذا كله ما لم يكن الابن قد استولدها . فإن كان استولدها لم ينتقل الملك فيها باستيلاد غيره كما لا ينتقل بالعقود .

وذكر ابن عقيل في «فنونه» : أنها تصير مستولدة لهما جميعاً ؛ كما لو وطئاها في طهر واحد وأتت بولد وألحقته القافة بهما . ولكن في مسألة القافة حكم باستيلادها لهما دفعة واحدة . وفي مسألتنا قد ثبت استيلاد الابن أولاً لها فلا

---

(١) ساقط من أ و ب .

ينتقل إلى غيره . إلا أن يقال : أم الولد تملك بالقهر على رواية . والاستيلاد سبب قهري . انتهى .

وعلم مما تقدم أن وطأها قبل تملكها واستبرائها محرم ؛ لأنه ابتداء ملك . فوجب الاستبراء فيه ؛ كما لو اشتراها .

(**ومن استولد أمة أحد أبويه : لم تصر أم ولد له . وولده قن . وإن علم التحريم : حُدَّ**) ؛ لأن الابن ليس له التملك على أحد من أبويه . فلا شبهة له في الوطء .

(**وليس لولد ولا ورثته**) أي : ورثة الولد (**مطالبة أب بدين**) ؛ كقرض وثمن مبيع ، (**أو قيمة متلف**) ؛ كما لو حرق لولده ثوباً أو نحوه ، (**أو أرش جناية**) على ولده ؛ كما لو قلع سنه أو قطع طرفه ، (**ولا**) بشيء (**غير ذلك مما للابن عليه**) ؛ كما لو زرع أرضاً لابنه ، أو سكن داراً له : فإنه ليس له مطالبته بشيء من ذلك .

قال في « الإنصاف » : هذا هو المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به أكثرهم . وهو من المفردات[1] .

وقال في « الرعاية »[2] : قلت : ويحتمل أن يطالبه بما له في ذمته مع حاجته إليه ، وغنى والده عنه .

قال في « الرعاية الصغرى »[3] : ولا يطالب أباه بما ثبت له في ذمته في الأصح ، بقرض وإرث وبيع وجناية وإتلاف . انتهى .

وقيل : لورثة الابن المطالبة بدين مورثهما على أبيه وإن منعنا الابن منها .

وأطلقهما في « الفائق » .

---

(١) في ج : مفردات المذهب .

(٢) في أ : « الرعاية الصغرى » .

(٣) ساقط من أ .

وفي « الانتصار » : فيمن قتل ابنه : إن قلنا الدية للوارث طالبه ، وإلا فلا . وأن المباح يحرم إتلافه عبثاً ولا يضمنه . انتهى .

وأما ولد الولد فهل حكمه حكم الولد في عدم مطالبته لأبي أبيه بما له في ذمته أو لا ؟ قال في « الرعاية » : قلت : يحتمل وجهين . وإن قلنا لا يثبت في ذمته شيء فهدر . انتهى .

قال في « الإنصاف » بعد حكايته لكلام صاحب « الرعاية » : قلت : ظاهر كلام أكثر الأصحاب أن له مطالبته . انتهى .

وعلى المذهب : يستثنى من منع مطالبة الابن لأبيه صورتان . أشير إلى ذلك بقوله : (**إلا بنفقته**) أي : نفقة الولد (**الواجبة**) على الأب ؛ لفقر الولد وعجزه عن التكسب .

(**و**) إلا (**بعين مال له**) أي : للولد (**بيده**) أي : يد الأب .

قال في « الفروع » : ويطلبه[1] بنفقته .

وفي « الرعاية » : وعين في يده ،

ونقل ابن الحكم : ما حازه لا يأخذه حياً ولا ميتاً . وإن كان بعينه إذا حازه لنفسه . انتهى .

قال في « الإنصاف » : للابنْ مطالبة أبيه بنفقته الواجبة عليه . قاله الأصحاب .

قال في « الوجيز » : له مطالبته بها ، وحبسه عليها .

وهو مستثنى من عموم كلام من أطلق . ويعايى بها .

قال في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« تذكرة ابن عبدوس » وغيرهم : للابن مطالبة أبيه بعين له في يده .

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

---

(١) في أ : ويطلب .

(**ويثبت له**) أي : للابن (**في ذمته**) أي : ذمة والده (**الدَّيْن**) ؛ كالثمن والأجرة والقرض ، (**ونحوه**) ؛ كقيم المتلفات وأروش[1] الجنايات . وتقدم التنبيه على ذلك .

(**وإن وجد**) الابن (**عين ماله الذي أقرضه أو باعه**) لأبيه ، (**ونحوه**) ؛ كما لو غصب أبوه شيئاً فوجده عنده (**بعد موته** : **فله**) أي : للابن الذي اقترض ، أو باع أباه شيئاً ، أو غصبه منه الأب (**أخذه**) أي : أخذ ذلك المقرض ، أو المبيع ، أو المغصوب دون بقية ورثة الأب : (**إن لم يكن**) الابن (**انتقد**) من أبيه (**ثمنه**) أي : ثمن المبيع ، أو بدل القرض ، أو الغصب .

قال في « التلخيص » : ولو مات الأب وقد كان اقترض من ولده شيئاً ، أو اشترى منه سلعة ولم ينقد ثمنها فوجدها الابن بعينها فهل له أخذها لتعذر العوض . أو يكون ميراثاً للورثة ؟ فيه روايتان .

وقال في « الفروع » : فإن مات ففي أخذه عين ماله . وقال في « المبهج » : أو بعضه ولم ينقد ثمنه : روايتان . انتهى .

قال في « الإنصاف » : وقدم في « المغني » : أن الأب إذا مات يرجع الابن في تركته بدينه ؛ لأنه لم يسقط عن الأب . وإنما تأخرت المطالبة . ثم قال عقب حكايته لكلام « المغني » : قلت : هذا في الدين . ففي العين بطريق أولى . انتهى .

(**ولا يسقط دينه**) أي : الابن (**الذي عليه**) أي : على الأب (**بموته**) أي : الأب .

قال في « الإنصاف » : على أحد الوجهين ، اختاره بعضهم . وقدمه في « الفروع » و« المغني » .

---

(١) في أ : وأرش .

والمنصوص عن أحمد : أنه يسقط كحبسه به في الأجرة . انتهى .

قال في « المغني » بعد أن قدم عدم السقوط : وقد روي عن أحمد أنه قال : إذا مات الأب بطل دين الابن . وقال : فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه : فليس عليه شيء ، ولا يؤخذ من بعده . وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذ به .

وتأول بعض أصحابنا كلامه على أنه أخذه على سبيل التملك . ويحتمل أن يكون أَخْذه له وإنفاقه إياه دليلاً على قصد التملك . فيثبت الملك له بذلك الأخذ . انتهى .

(**بل جنايتُه**) أي : جناية الأب على ابنه يعني : أن أرشها يسقط بموت الأب .

قال في « التنقيح » : والمنصوص يسقط وهو أظهر كجناية . انتهى .

وظاهر كلامهم : أن الجناية أعم من كونها على مال أو بدن نفس الولد . ولعل الفرق بينها وبين دين القرض وثمن المبيع ونحوهما : كون الأب أخذ عن هذا عوضاً . بخلاف أرش الجناية .

وعلى هذا ينبغي أن يسقط عنه بموته أيضاً دين الضمان إذا ضمن غريم ولده له . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(**وما قضاه**) الأب (**في مرضه**) من دين لولده عليه ، (**أو وصَّى بقضائه**) من تركته : (**فمن رأس ماله**) ؛ لأنه حق ثابت عليه . لا تهمة فيه . فكان من رأس المال ؛ كدين الأجنبي .

وحكم الصدقة فيما تقدم حكم الهبة .

قال ابن قندس في « حواشي المحرر » : والرجوع في الصدقة كالهبة . صرح به أبو محمد والقاضي في « المجرد » وهو ظاهر إطلاق جماعة . واختار ابن أبي موسى : أنه يرجع فيما وهبه لابنه ، ولا يرجع فيما كان على وجه الصدقة . وذكره أبو حفص « تحصيل المذهب » .

نقل حنبل : أرى من تصدق [على ابنه][1] بصدقة فقبضها الابن وكان[2] في حجر أبيه وأشهد على صدقته : فليس له أن ينقص شيئاً من ذلك ؛ لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة . ونحو ذلك نقل المروذي ؛ لعموم قوله ﷺ لعمر : « لا تعد في صدقتك »[3] .

وقد فهم عمر العموم . فروى في « الموطأ » عنه : « من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم ، أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها »[4] .

ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض . انتهى .

* * *

---

(١) ساقط من ب .

(٢) في ب : أو كان .

(٣) أخرجه البخاري في « صحيحه » (١٤١٩) ٢ : ٥٤٢ كتاب الزكاة . باب هل يشتري صدقته .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢١) ٣ : ١٢٤٠ كتاب الهبات . باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه .

(٤) أخرجه مالك في « موطئه » (٤٢) ٢ : ٥٧٧ كتاب الأقضية . باب القضاء في الهبة .

(فصل) في عطية المريض
وما يلحق بها من المحاباة في عقود المعاوضات ونحو ذلك

(**وعطيةُ مريض**) مرضاً (**غيرَ مرض الموت** . **ولو كان**) ذلك المرض (**مخوفاً** . **أو**) كان ذلك المرض (**غير مخوف ؛ كصُدَاع**) وهو وجع الرأس ، (**و**) كـ (**وجع ضرس ، ونحوهما**) ؛ كحمَّى يوم . قاله في « الرعاية » .

وقيل : ساعة . قاله في « الشرح »[1] .

وكإسهال يسير من غير دم .

(**ولو صار**) هذا (**مخوفاً ومات به : كصحيح**) يعني : أن عطيته تصح في جميع ماله ؛ لأن مثل هذه الأمور لا يخاف منه في العادة .

وكما لو كان مريضاً وبرىء .

ولأن الإسهال اليسير قد يكون من فضلة الطعام .

ومحل ذلك : إذا لم يكن متحرقاً بأن لا يمكنه منعه ولا إمساكه . فإن كان متحرقاً كان مخوفاً وإن كان ساعة ؛ لأن من لحقه ذلك أسرع في هلاكه . قاله في « المغني » .

وأما كونه كالصحيح ولو صار مرضه مخوفاً . فقد ذكره السامري واقتصر عليه الحارثي اعتباراً بحال العطية ؛ كما لو كان صحيحاً ثم طرأ عليه مرض الموت عقب العطية .

(**و**) عطية مريض (**في مرض موته المخوف**) ؛ وذلك (**كالبِرْسَام**) بكسر الموحدة وهو : بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل به .

---

(١) في أ : الشارح .

وقال عياض : هو ورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي .

(**وذات الجَنْب**) وهو : قرح بباطن الجنب .

(**والرُّعاف الدائم**) ؛ لأنه يصفي الدم فتذهب القوة .

(**والقيامِ المتدارك**) وهو : الإسهال الذي لا يستمسك .

ومن المخوف أيضاً : الإسهال الذي يكون معه دم ؛ لأن ذلك يضعف القوة .

(**والفالج**) وهو : داء معروف يرخي بعض البدن .

قال في « القاموس » : والفالِج : استرخاء لأحد شِقي البدن ؛ لانصباب خِلْط بلْغميٍّ تنسد منه مسالك الروح . فُلِج كعُني . فهو مفلوج . انتهى .

وقال ابن القطاع : فلج فالجاً : بطل نصفه أو عضواً منه .

(**في**) حال (**ابتداء**) للمرض .

(**والسِّلّ**) بكسر المهملة : داء معروف (**في**) حال (**انتهاء** .

و) كذا من[1] الأمراض (**ما قال عدلان من أهل الطب : إنه مخوف**) ؛ كوجع الرئة فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، وكالقولنج . وهو : أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء ولا ينزل عنه . وهذه الأمراض مع الحمى أشد خوفاً .

ومن هاجت به الصفراء فمرضه مخوف ؛ لأنها تورث يبوسة .

وكذا من هاج به البلغم ؛ لأنه من شدة البرودة . وقد يغلب على الحرارة الغريزية[2] فيطفيها .

والطاعون مخوف ؛ لأنه من شدة الحرارة . إلا أنه يكون في جميع البدن .

---

(١) في أ : أن . وفي ب : كذات .

(٢) في ب : الغريزة .

فهذه الأمراض وشبهها إذا أعطى صاحبها عطية : فإنها تكون (**كوصية**) في أنها لا تجوز لوارث ، ولا تجوز لأجنبي بزيادة على ثلث ماله إلا بإجازة ورثته فيهما . حتى (**ولو**) كان ما أعطاه (**عتقاً**) لبعض أرقائه ، أو عفواً عن جناية موجبة للمال .

(**أو محاباة**) في غير كتابة ؛ كبيع وإجارة .

والمحاباة هي : مسامحة أحد المتعاوضين الآخر في عقد المعاوضة ببعض ما يقابل العوض ؛ كأن يشتري ما قيمته ثمانية بعشرة ، أو يبيع ما قيمته عشرة بثمانية ، ونحو ذلك .

(**لا**) إن كان الصادر من المريض (**كتابة**) لرقيقه أو بعضه بمحاباة (**أو وصية بها**) أي : بكتابته (**بمحاباة**) فإن المحاباة في الصورتين تكون من رأس المال .

قال في « الإنصاف » : المحاباة لغير وارث من الثلث ؛ كما قال المصنف . لكن لو حاباه في الكتابة : جاز ، وكان من رأس المال ، على الصحيح من المذهب ، قدمه في « الفروع » .

وذكره القاضي في موضع من كلامه ، وأبو الخطاب في « رؤوس المسائل » .

قال الحارثي : وهذا المذهب عند جماعة ، منهم القاضي أبو الحسين وأبو يعلى الصغير والمجد . وهو أصح .

وقيل : من الثلث . اختاره المصنف هنا ، والقاضي في « المجرد » ، وأبو الخطاب في « الهداية » ، والسامري في « المستوعب » .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

واختلف فيها كلام أبي الخطاب .

وكذا حكم وصيته بكتابته . انتهى .

وما ذكره في « الإنصاف » من كون المحاباة في[1] مال الكتابة : تكون من رأس المال على الصحيح هو معنى كلامه في « التنقيح » وتبعته عليه . لكن كلام المجد في « المحرر » وكلام صاحب « الفروع » لا يقتضي ذلك . وإنما يقتضي أن الكتابة نفسها في مرض الموت المخوف هل هي كالوصية فتعتبر من الثلث ؛ لأنها تعليق للعتق على الأداء فكان من الثلث ؛ كتعليقه على غيره . أو من رأس المال ؛ لأنها معاوضة . فكانت من رأس المال ؛ كالبيع .

وعبارته في « المحرر » : ويعتبر في المرض من رأس المال . وقال أبو الخطاب : من الثلث .

وعبارته في « الفروع » : ومحاباة ، وقيل : وكتابة كوصية . واختلف فيها كلام أبي الخطاب وكذا وصيته بكتابته . انتهى .

فعلم من كلام صاحب « الفروع » : أن المسألة التي اختلف فيها كلام أبي الخطاب هي الكتابة نفسها لا المحاباة فيها كما ذكر صاحب « الإنصاف » . ولم أعلم ما يقتضيه كلام الحارثي في قطعته ؛ لعدم الوقوف عليه . فتحرر المسألة إن شاء الله تعالى .

(**وإطلاقها بقيمته**) [يعني : أنه][2] يكاتب رقيق أوصى سيده بكتابته إن أطلق السيد بأن لم يقل يكاتب عليّ كذا بقيمته .

قال في « الفروع » : وإطلاقها بقيمته .

قال في « الإنصاف » : وإطلاقها يقتضي أن تكون بقيمته ، ولم يذكر خلافاً في ذلك . ووجه ذلك : أنه العدل .

(**و**) أما الأمراض (**الممتدة ؛ كالسِّلّ**) في حال غير انتهائه ، (**والجُذام ، والفالج في دوامه . إن صار صاحبها صاحب فراش : فمخوفة ، وإلا فلا**) تكون مخوفة .

---

(١) في أ و ب : من .
(٢) ساقط من أ .

قال القاضي : هذا تحقيق المذهب فيه .

وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث . وهو محمول على أنهما صارا صاحبي فراش . قاله في « المغني » .

وذكر أبو بكر وجهاً في صاحب الأمراض الممتدة : أن عطيته من صلب المال يعني : ولو كان صاحبها صاحب فراش .

ووجه المذهب : أنه مريض صاحب فراش يخشى تلفه . أشبه صاحب المرض المخوف للموت .

وأُلحق بالمريض مرض الموت المخوف فيما تقدم ثمانية أشير إلى الأول منها[1] بقوله :

(**وكمريض مرض الموت المخوف : مَن بين الصفَّين وقت حرب**) أي : وقت اختلاط الطائفتين للقتال ، (**وكلٌّ من**) عدد (**الطائفتين مكافئ**) للآخر ، (**أو**) كان المعطي (**من**) الطائفة (**المقهورة**) .

قال في « المغني » : قال أحمد : إذا حضر القتال كان عتقه من الثلث .

وعنه : إذا التحم الحرب فوصيته من المال كله .

فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية .

وسمى العطية وصية تجوّزاً ؛ لكونها في حكم الوصية ، ولكونها عند الموت . ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله . لكن يقف الزائد على الثلث على إجازة الورثة . فإن حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد . انتهى .

ووجه ذلك : أن توقع التلف هنا كتوقع المريض أو أكثر ، فوجب أن يلحق به .

---

(١) في أ و ب : منهم .

ولا فرق بين كون الطائفتين متباينتين في الدين أو لا ؛ لوجود خوف التلف في الصورتين .

وأشير إلى الثاني بقوله : (**ومن باللُّجة**) بضم اللام أي : لجة البحر (**عند الهيَجان**) أي : ثوران البحر بسبب هبوب الريح العاصف ؛ لأن الله تعالى وصف مَنْ في هذه الحالة بشدة الخوف . قال تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا۟ بِهَا جَآءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَآءَهُمُ ٱلْمَوْجُ مِن كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوٓا۟ أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا۟ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ لَئِنْ أَنجَيْتَنَا مِنْ هَٰذِهِۦ لَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ ﴾ [يونس : ٢٢] .

وأشير إلى الثالث بقوله : (**أو وقع الطاعون**) .

قال أبو السعادات : هو المرض العام والوباء الذي يفسد له الهواء فتفسد به الأمزجة والأبدان .

وقال عياض : هو قروح تخرج من المغابن وغيرها لا يلبث صاحبها . وتعم إذا ظهرت .

وفي « شرح مسلم » : وأما الطاعون فوباء معروف . وهو بثر وورم مؤلم جداً ، يخرج مع لهب ، ويسود ما حوله[١] ويخضر ويحمر حمرة بنفسجية ، ويحصل معه خفقان[٢] القلب .

(**ببلده**) أي : بلد المعطي .

قال في « المغني » : فعن أحمد أنه مخوف . ويحتمل أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمريض ، وإنما يخاف المرض . والله تعالى أعلم . انتهى .

قال في « الإنصاف » عن هذا الاحتمال : وما هو ببعيد . انتهى .

وأشير إلى الرابع بقوله : (**أو قُدِّم لقتل**) . سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره ؛ لأن التهديد بالقتل جُعل إكراهاً يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح

---

(١) في أ : حاله .

(٢) في أ : خفاق .

كثيراً[1] من المحرمات . ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام . وإذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة ومع بعد التلف . فمع ظهور التلف وقربه أولى .

ولا عبرة بصحة البدن فإن المرض لم يكن مثبتاً لهذا الحكم بعينه بل لخوف إفضائه إلى التلف . فيثبت الحكم هاهنا بطريق التنبيه ؛ لظهور التلف .

وأشير إلى الخامس بقوله : (**أو حُبِس له**) أي : للقتل .

قال في « الإنصاف » : حكمُ من حبس للقتل حكم من قدِّم ليقتص منه . انتهى .

وهذا قول الحسن . فإنه لما حَبَس الحجاج إياس بن معاوية قال : ليس له من ماله إلا الثلث .

قال في « الفروع » : أو قدم ليقتل أو حبس له كمريض . وعنه : لا . انتهى .

وأشير إلى السادس بقوله : (**وأسيرٌ عند من عادته القتل**) .

قال في « المغني » : الأسير المحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف . عطيته من الثلث ، وإلا فلا . وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي . انتهى .

قال في « الإنصاف » : فإن كان عادتهم القتل فحكمه حكم من قُدِّم ليقتص منه ، على الصحيح من المذهب .

وعنه : عطاياه من كل المال .

وإن لم تكن عادتهم القتل فعطاياه من كل المال ، على الصحيح من المذهب .

---

(١) في ب : كثير .

وعنه : من الثلث . نص عليه . واختاره أبو بكر ، وتأوَّلها القاضي على من عادتهم القتل . انتهى .

وأشير إلى السابع بقوله : (**وجريحٌ**) جرحاً (**مُوحِيًا مع ثبات عقله**) ؛ لأنه مع عدم ثبات عقله لا حكم لعطيته بل ولا لكلامه . وحيث كان عقله ثابتاً كان حكمه حكم المريض . فإن عمر رضي الله تعالى عنه لما جُرح سقاه الطبيب لبناً فخرج من جرحه . فقال له الطبيب : اعهد إلى الناس فعهد عليهم ووصى . فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته . وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد إلى عمر فنفذ عهده . وعلي رضي الله تعالى عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى . فلم يحكم ببطلان[1] قوله .

وأشير إلى الثامن بقوله : (**وحاملٌ عند مخاض**) أي : عند الطلق . نص عليه .

قال في « الفروع » : والأشهر (**مع ألم حتى تنجو**) يعني : من نفاسها .

وعنه : إذا صار لها ستة أشهر .

وعنه : إذا ثقلت حتى تنجو .

ووجه المذهب : أنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت . فأشبهت صاحب الأمراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش .

وعلم من قوله : حتى تنجو : أنه لو خرج الولد والمشيمة وحصل هناك ورم أو ضربان فحكمها حكم ما قبل ذلك ؛ لأنها لم تنج بعد .

وعن أحمد في النفساء : إذا كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث .

قال في « المغني » : يحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه لذلك في الغالب . ويحتمل أن يحمل على ظاهره فإنها إذا كانت ترى الدم كانت كالمريض[2] . انتهى .

---

(١) في أ و ب : ببطلانه .

(٢) في ب : فإنها إن كانت كالمريض . بإسقاط : كانت ترى الدم .

وإن وضعت مضغة فعطاياها كعطايا الصحيح .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » .

قال في « المغني » و« الشرح » : فعطاياها كعطايا الصحيح . إلا مع ألم .

قال في « الرعاية الكبرى » بعد أن قدم أن عطاياها كعطايا الصحيح : وقيل : أو وضعت مضغة أو علقة مع ألم أو مرض .

وقيل : لا حكم لها بلا ألم ولا مرض . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

(**وكميِّت**) في الحكم : (**من ذُبح** ، **أو**) من (**أُبينت حُشوَتُه**) وهي أمعاؤه . لا خرقها وقطعها فقط . ذكره الموفق وغيره من أنه لا يعتد بكلامه .

[قال في « الفروع »][1] : وذكر الشيخ أيضاً في « فتاويه » : إن خرجت حشوته ولم تبن ثم مات ولده ورثه . وإن أبينت فالظاهر يرثه ؛ لأن الموت زهوق النفس وخروج الدم ولم يوجد .

ولأن الطفل يرث ويورث بمجرد استهلاله وإن كان لا يدل على حياة أثبت من حياة هذا .

وظاهر هذا من الشيخ : أن من ذبح ليس كميت مع بقاء روحه . انتهى كلامه في « الفروع » .

قال في « الرعاية » : ومن ذبح أو أبينت حشوته فقوله لغو[2] . وإن خرجت حشوته أو اشتد مرضه وعقله ثابت ؛ كعمر وعلي رضي الله تعالى عنهما : صح تصرفه وتبرعه ووصيته . انتهى .

(**ولو علَّق**) إنسان (**صحيح عتق قنه**) على شرط ، (**فوجد**) الشرط (**في مرضه**) أي : المعلق : (**فـ**) العتق محسوب (**من ثلثه**) .

قال في « الإنصاف » : فالصحيح من المذهب : أنه يكون من الثلث . قدمه

---

(١) ساقط من ب .

(٢) في أ : لغواً .

في « الفروع » وغيره . واختاره أبو بكر وابن أبي موسى وغيرهما .

وقيل : يكون من كل المال .

وحكاهما القاضي في « خلافه » روايتين . ذكره في القاعدة السابعة عشر بعد المائة .

ومحل الخلاف : إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق . فإن كانت من فعله فهو من الثلث بغير خلاف . انتهى .

(وتقدَّم عطية اجتمعت مع وصية ، وضاق الثلث عنهما مع عدم الإجازة) للوصية .

قال في « الإنصاف » : فالصحيح من المذهب : أن العطية تقدم . وعليه الأصحاب ، وجزم به في « المغني » و« الشرح » و« النظم » وغيرهم . وقدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفروع » وغيرهم . وصححه في « المحرر » وغيره .

وعنه : التساوي . قدمه في « المحرر » . لكن صحح الأول كما تقدم .

وعنه : يقدم العتق . انتهى .

ووجه المذهب : أن العطية لازمة في حق المريض . فقدمت على الوصية ؛ كعطية الصحة .

ولأنها عطية منجزة . فقدمت على العتق ؛ كعطية الصحة ، وكما لو تساوى الحقان .

(وإن عجز) الثلث **(عن التبرعات المنجَّزة : بُدِىء بالأول)** منها **(فالأول)** . سواء كان الأول عتقاً أو غيره .

وعنه : يقدم العتق .

وعنه : يقسم بين الكل بالحصص ؛ كالوصايا . وهو وجه في « المحرر » .

قال الحارثي : وليس بشيء .

ووجه المذهب : أنهما عطيتان منجزتان . فكانت أُولاهما أَوْلى .

ولأن العطية المنجّزة لازمة في حق المعطي . فإذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة . فلو شاركتها الثانية لمنَعَ ذلك لزومها في حق المعطي ؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى .

(**فإن وقعت**) العطايا كلها (**دفعة**) واحدة بأن وكل المريض جماعة فأوقعوها دفعة : (**قسم**) الثلث (**بين الجميع بالحصص**) .

وعنه : إن كان بعضها عتقاً قدم .

(**و**) المذهب : (**لا يقدم عتق**) على غيره[1] .

ووجهه : أن هذه العطايا حقوق تساوت أصلها في استحقاقها . فتساوت في تنفيذها ؛ كما لو كانت من جنس واحد ؛ وذلك لأن استحقاقها حصل في حال واحد[2] .

وقال الحارثي في العتق : يقرع بينهم فيكمل العتق في بعضهم كما في حال الوصية . نقله عنه في « الإنصاف » بعد أن ذكر أن عدم تقديم العتق على غيره عليه جماهير الأصحاب . لكن ما نقله عن الحارثي يوهم أنه انفرد به . وليس كذلك .

قال في « المغني » : فإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينهم فكملنا العتق كله في بعضهم . وإن كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم ؛ لأنهم تساووا في الاستحقاق . فقسم بينهم على قدر حقوقهم ؛ كغرماء المفلس .

وإنما خولف هذا الأصل في العتق ؛ لحديث عمران بن حصين[3] .

---

(١) في أ : غير .

(٢) في ب : واحدة .

(٣) عن عمران بن حصين « أن رجلاً أعتق ستة أعُبدٍ عند موته . ولم يكن له مال غيرهم . فبلغ ذلك النبي ﷺ . فقال له قولاً شديداً . ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء . فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » .
أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٩٥٨) ٤ : ٢٨ كتاب العتق . باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث .

ولأن القصد بالعتق تكميل الأحكام ، ولا تكمل الأحكام إلا بتكميل العتق . بخلاف غيره .

ولأن في قسمة العتق عليهم إضراراً بالورثة والميت والعبيد على ما يذكر في موضعه . انتهى .

(**وأما معاوضته**) أي : المريض مرض الموت المخوف (**بثمن المثل : فتصح من رأس المال**) . حتى (**ولو**) كانت (**مع وارث**) ، على الصحيح من المذهب .

قال في « الإنصاف » : وعليه جماهير الأصحاب . انتهى .

قال في « الفروع » : وتصح معاوضة مريض بثمن مثله .

وعنه : مع وارث بإجازة . اختاره في « الانتصار » ؛ لفوات حقه في المعين . انتهى .

ووجه المذهب : أنها معاوضة من غير محاباة . فلم يكن للورثة الاعتراض فيها ؛ كما لو وقعت مع غير وارث .

(**وإن حابى**) مريض (**وارثه**) في عقد معاوضة : (**بطلت**) المعاوضة (**في قدرها**) أي : قدر المحاباة ؛ لأن المحاباة كالهبة وهي لا تصح لوارث بغير إجازة الورثة . (**وصحت**) المعاوضة (**في غيره**) أي : غير قدر المحاباة (**بقسطه**) ؛ لأن المانع من الصحة المحاباة وهي في غير قدرها مفقودة . فلو باع المريض لبعض ورثته شيئاً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة . فلم تُجز بقية الورثة : صح بيع ثلثه بالعشرة ، وكان الثلثان كالهبة يردهما المشتري .

(**وله الفسخ لتبعُّض الصفقة في حقه . لا إن كان**) المبيع جزءاً من عقار وكان (**له شفيع وأخذه**) أي : أخذ ما صح فيه البيع . فإن المشتري يسقط حقه من الفسخ ؛ لأنه لا ضرر عليه إذاً .

وعنه : أن عقد المعاوضة من المريض بمحاباة مع الوارث فاسد .

ولو كان المحابى في الصورة المتقدمة أجنبياً : صح البيع أيضاً في ثلثه

بالعشرة ورد نصف الثلثين[1] إن لم تجز الورثة فقط ؛ لأن حكم الثلثين حكم الهبة . فيكون للأجنبي مما زاد على الثلث بقدر الثلث ، وذلك نصف ثلثي العبد ؛ لأن الفرض أن المريض لا يملك غيره . وهذا مقتضى عبارة « المحرر » .

وقال في « المغني » بعد أن حكى ما في المتن عن القاضي : وطريق هذا : أن تنسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته . فيصح البيع في مقدار تلك النسبة[2] . انتهى .

وبيانه : أن الثمن عشرة وثلث المبيع عشرة فنسبة العشرين إلى قيمة العبد وهي ثلاثون الثلثان . فيصح البيع فيهما بالعشرة .

وهذا بخلاف ظاهر عبارة « المحرر » من أن العشرة في مقابلة ثلثه ، والثلث الآخر يأخذه بكونه هبة .

وينبني على ذلك : أنه لو لم يكن قبض العبد لم يلزم الهبة في الثلث الآخر ، ويكون للورثة فسخها . وعلى قول القاضي : ليس لهم ذلك ؛ لأنه انتقل بالبيع لا بالهبة .

وعنه : يصح البيع مع الأجنبي في نصفه بنصف الثمن .

قال في « المحرر » : وهو الأصح عندي . وطريقه : أن تنسب الثلث من المحاباة . فبقدر نسبته يصح من المبيع البيع .

وعنه : رواية ثالثة يصح البيع في العبد كله ، ويرد المشتري الوارث تمام قيمته عشرين ، وللأجنبي نصفها عشرة أو يفسخان .

(**ولو حابى**) المريض (**أجنبياً**) بما[3] تصح به المحاباة أو أجاز الورثة ،

---

(١) في أ : الثلاثين .
(٢) في أ و ب : السنة .
(٣) في أ : ما .

(**وشفيعه وارث : أخذ بها**) أي[1] : بالشفعة : (**إن لم يكن**) ذلك (**حيلة**) على محاباة الوارث .

وقيل : لا يملك الوارث الشفعة هنا ؛ لإفضائه إلى إثبات حق وارثه .

ووجه المذهب : وهو ملك الوارث الأخذ بالشفعة ؛ (**لأن المحاباة لغيره**) . أشبه ما لو انتقل الشقص إلى الأجنبي من غير الموروث . وكما لو وصى لغريم وارثه .

(**وإن آجر**) المريض (**نفسه وحابى المستأجر**) . سواء كان وارثاً أو غير وارث : (**صح**) العقد (**مجاناً**) أي : من غير رد من المستأجر لشيء من المدة أو من العمل .

قال في « الفروع » : وهل لمريضة تزوجت بدون مهرها نقضه ؟ فيه وجهان . وجزم في « الترغيب » : ليس لها ؛ كإجارتها نفسها بمحاباة . ويتوجه فيها كمهر . انتهى .

فجعل مسألة الإجارة مقيساً عليها . وذكر من عنده : أنه يتوجه فيها الخلاف[2] الذي في المهر .

(**ويعتبر ثلثه**) أي : ثلث مال المعطي في المرض (**عند موت**) لا عند عطية أو محاباة أو وقف أو عتق . (**فلو عتق**) المريض (**ما**) أي : أمة أو عبداً (**لا يملك غيره ، ثم ملك ما**) أي : مالاً (**يخرج**) العبد (**من ثلثه تبيّنا عتقه كله**) ؛ لخروجه من الثلث عند الموت .

(**وإن لزمه**) بعد عتقه (**دين يستغرقه**) أي : يستغرق قيمة المعتوق : (**لم يعتق منه شيء**) .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

---

(١) في أ : إلى .
(٢) في ب : إطلاق .

وقال الحارثي : في اعتبار الثلث في الوصية بحال الوصية : خلاف . فيجري مثله في العطية على القول به ، وأولى .

قال : وهذا الوجه أظهر .

قال : ومن الأصحاب من أورد رواية أو وجهاً : بعتق ثلث العبد فيما إذا كان عليه دين يستغرق العبد . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

ووجه المذهب : أن العتق في المرض كالوصية ، والدين مقدم عليها . بدليل قول علي رضي الله تعالى عنه : « قضى النبي ﷺ بالدين قبل الوصية »[1] .

وحكم هبته كعتقه . ولا يبطل تبرعه بإقراره بدين في المنصوص . ذكره في « الفروع » .

وقال أيضاً : قال في « الانتصار » : له لبس ناعم وأكل طيب لحاجته . وإن فعله لتفويت الورثة منع . وفيه[2] : نمنعه إلا بقدر حاجته وعادته ، وسلمه أيضاً ؛ لأنه لا يستدرك كإتلافه . وجزم به[3] الحلواني وغيره وابن شهاب قال : لأن حق وارثه لم يتعلق بعين ماله . انتهى .

* * *

---

(١) أخرجه الترمذي في « جامعه » (٢١٢٢) ٤ : ٤٣٥ كتاب الوصايا . باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية .

وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٧١٥) ٢ : ٩٠٦ كتاب الوصايا . باب الدين قبل الوصية .

(٢) في أ : فيه .

(٣) في أ : به في .

فصل فيما تفارق به العطية الوصية من الأحكام ، وما ينبني[1] على ذلك وغير ذلك

(**تفارق العطية الوصية في أربعة**) من الأحكام :

الأول : (**أن يُبدأ بالأول فالأول منها**) أي : من العطية . (**والوصية يسوَّى بين متقدمها ومتأخرها**) ؛ لأنها تبرع بعد الموت فوجد دفعة واحدة .

(**الثاني : أنه لا يصح الرجوع في العطية**) بعد لزومها بالقبض وإن كثرت ؛ لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه . فلم يملك إجازتها ولا ردها . (**بخلاف الوصية**) فإنه يصح الرجوع فيها ؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد فهي كالهبة قبل القبول . بخلاف العطية في المرض فإنه قد وجدت العطية منه والقبول والقبض من الموهوب له . فلزمت ؛ كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت .

(**الثالث : أنه يعتبر قبول عطية عندها**) ؛ لأنها تصرفٌ في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده . (**والوصية بخلافه**) أي : بخلاف ذلك ؛ لأنها تبرع بعد الموت . فلا حكم لقبولها ولا ردها قبله .

الحكم (**الرابع : أن الملك يثبت في عطيةٍ من حينها**) أي : من حين وجودها بشروطها . ويكون هذا الثبوت (**مراعىً**) لأنا لم نعلم هل هذا المرض مرض الموت أو لا ؟ ولا نعلم هل يستفيد مالاً أو يتلف شيء من ماله ؟ (**فإذا**) انكشف الحال بأن مات وقد (**خرجت**) العطية (**من ثلثه عند موت : تبينّا**) حين ذاك (**أنه**) أي : الملك (**كان ثابتاً**) من حين العطية ؛ لأنه إنما يمنع من ثبوته تبين كونه زائداً على الثلث وقد تبين خلافه .

---

(١) في أ : يبني .

(**فلو أعتق**) مريض قناً في مرضه ، (**أو وهب**) مريض لإنسان (**قناً في مرضه . فكسب**) المعتوق أو الموهوب ، قليلاً أو كثيراً قبل موت سيده ، (**ثم مات سيده . فخرج من الثلث : فكسْب معتق له**) ؛ لأنه قد تبين أنه من حين العتق صار حراً . فكان كسبه له ؛ كسائر الأحرار . (**و**) كان كسب قن (**موهوب لموهوب له**) ؛ لأن الكسب تابع لملك الرقبة . فتعين كونه لموهوب له .

(**وإن خرج بعضه**) أي : بعض المعتوق أو الموهوب من الثلث دون بقيته : (**فلهما**) أي : للمعتوق والموهوب له (**من كسبه بقدره**) أي : قدر البعض الذي خرج من الثلث . فإن كان البعض الخارج من الثلث ربع القن : كان له أو للموهوب له ربع كسبه وباقيه للورثة . وإن كان نصف القن كان له أو للموهوب له نصف كسبه والنصف الثاني للورثة . وإن كان ثلثي القن كان له أو للموهوب له ثلثا كسبه وباقيه للورثة . وربما أفضى إلى الدور .

(**فلو أعتق**) مريض (**قناً لا مال له سواه . فَكَسَب**) المعتوق (**مثل قيمته قبل موت سيده**) فللمعتوق من كسبه بقدر ما عتق منه من[1] حين أعتقه ، وباقيه لسيده . فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ، ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب ، وينقص بذلك قدر المعتق منه[2] . فيستخرج ذلك بالجبر (**فـ**) يقال : (**قد عتق منه شيء ، وله من كسبه شيء**) ؛ لأن كسبه مثله ، (**وللورثة**) منه ومن كسبه (**شيئان**) ؛ لأن لهم مثْلَيْ ما عتق منه وقد عتق منه شيء . ولا يحسب على المكتسب ما اكتسبه بجزئه الحر ؛ لأنه استحقه بجزئه الحر لا[3] من جهة سيده . فيكون للمكتسب شيئان وللورثة شيئان منه ومن كسبه ، (**فصار**) المكتسب (**وكسبه نصفين : يعتق منه نصفه ، وله نصف كسبه ، وللورثة نصفهما**) أي : نصف المكتسب ونصف كسبه . فلو كان المكتسب في هذه الصورة قيمته مائة وكسبه مائة قسمت ذلك على أربعة أشياء

---

(١) زيادة من ج .

(٢) في ب : ثمنه .

(٣) في أ : لأن .

فيكون الشيء خمسين . وهذه الطريقة أولى من ضم الأشياء . ثم يقسم نصفين ؛ لأن بالأول تبين مقدار الشيء فيعلم مقدار العتق . بخلاف القسمة نصفين فإنه يحتاج إلى نظر لتبيّن مقدار العتق .

(**وإن كسب مثلي قيمته : صار له شيئان ، وعتق منه شيء ، وللورثة شيئان : فـ**) يقسم المكتسب وكسبه أخماساً (**يعتق ثلاثة أخماسه ، وله ثلاثة أخماس كسبه ، والباقي**) وهو خمساه وخمسا كسبه (**للورثة**) .

وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته : فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما عتق منه ، وللورثة شيئان . فيعتق منه ثلثاه ، وله ثلثا كسبه وللورثة الثلث من المكتسب ومن كسبه .

(**وإن كسب نصف قيمته : فقد عتق منه شيء ، وله نصف شيء من كسبه ، وللورثة شيئان**) فالجميع ثلاثة أشياء ونصف إذا بسطتها أنصافاً صارت سبعة ، له ثلاثة أسباعها . (**فيعتق ثلاثة أسباعه ، وله ثلاثة أسباع كسبه ، والباقي للورثة**) . فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئاً فقد عتق منه مائة شيء . وله من كسبه تسعة أشياء وللورثة مائتا شيء . فيعتق منه مائة جزء وتسعة[1] أجزاء من ثلثمائة وتسعة ، وله من كسبه مثل ذلك ، وللورثة مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه .

(و) يكون الحكم (**في هبةٍ**) : أن (**لموهوب له بقدر ما عتق**) منه في مسألة العتق ، (**وبقدره من كسبه**) .

وإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه : صرفا في الدين ، ولم يعتق منه شيء في مسألة العتق ، ولا يكون للموهوب له شيء في مسألة الهبة ؛ لأن الدين مقدم على التبرع .

وإن لم يستغرقهما الدين : صرف من[2] قيمته وقيمة كسبه ما يقضى به

---

(١) في ب : تسعة .
(٢) في أ و ب : في .

الدين . وما بقي منهما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه . فلو كان على السيد دين كقيمة العبد وقد كسب مثل قيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه ، وقسم الباقي بين الورثة وبين العتق ، أو وبين الموهوب له نصفين .

وإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مالٌ مثل قيمته : قسمت العبد ومثلي قيمته على الأشياء الأربعة . فلكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه .

ولو أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته : تكملت الحرية في العبد الأول . فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان . ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة فيكون لكل شيء خمسة عشر . فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لهم .

وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ، ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق . وهو نصفه ونصف كسبه . ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين . فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة [أرباعه ويتبعه ثلاثة][1] أرباع كسبه وذلك مثلا ما انعتق منهما .

وإن أعتق العبدين دفعة واحدة قرعنا بينهما . فمن خرجت له قرعة الحرية فحكمه كما لو بدأ بإعتاقه .

(**وإن أعتق**) المريض مرض موت المخوف (**أمة**) لا مال له غيرها ، (**ثم وطئها**) المعتق وطءاً موجباً للمهر ، (**ومهر مثلها نصف قيمتها فكما لو كسبته**) أي : فحكمها حكم ما لو كسبت نصف قيمتها : (**يعتق**) منها (**ثلاثة أسباعها**) سبع بملكها له من[2] نفسها بحقها من مهرها . ولا ولاء عليها لأحد . وسبعان بإعتاق الميت . وما في المتن معنى ما في « المقنع » .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ج : في .

قال في « المبدع » : لكن في التشبيه نظر من حيث : إن الكسب يزيد به ملك السيد ، وذلك يقتضي الزيادة في العتق ، والمهر ينقصه وذلك يقتضي نقصان العتق . انتهى .

(**ولو وهبها**) المريض (**لمريض آخر لا مال له**) أيضاً ، (**فوهبها الثاني للأول**) وماتا جميعاً : (**صحت هبة الأول في شيء ، وعاد إليه بـ**) الهبة (**الثانية ثلثه . بقي لورثة الآخر ثلثا شيء ، وللأول**) أي : لورثة الأول (**شيئان**) . فاضربها أي : الشيئين والثلثين في ثلاثة ؛ ليزول[1] الكسر تكن ثمانية أشياء تعدل الأمة الموهوبة . (**فلهم**) أي : لورثة الأول (**ثلاثة أرباعها**) ستة . (**ولورثة الثاني ربعها**) شيئان .

وإن شئت قلت : المسألة من ثلاثة ؛ لأن الهبة صحت في ثلث المال ، وهبة الثاني صحت في الثلث فتكون من ثلاثة . اضربها في أصل المسألة تكن تسعة . أسقط السهم الذي صحت فيه الهبة الثانية بقيت المسألة من ثمانية .

(**وإن باع**) المريض مرض الموت المخوف (**قفيزاً**) من بر أو نحوه (**لا يملك غيره يساوي**) القفيز (**ثلاثين**) درهماً ، (**بقفيز**) من جنسه (**يساوي عشرة ولم تُجز الورثة : فأسقط قيمة الرديء**) وهي عشرة (**من قيمة الجيد**) وهي ثلاثون ، (**ثم انسب الثلث إلى الباقي**) بعد إسقاط قيمة الرديء (**وهو**) أي : الثلث (**عشرة من عشرين**) التي هي الباقي بعد الإسقاط : (**تجده**) أي : الثلث (**نصفها**) أي :[2] نصف العشرين . (**فيصح**) البيع (**في نصف**) القفيز (**الجيد بنصف**) القفيز (**الرديء ، ويبطل**) البيع (**فيما بقي**) بعد نصفها ؛ (**لئلا يفضي**) صحة البيع في أكثر من أحدهما بأقل من الآخر (**إلى ربا الفضل**) .

وطريق حساب ذلك بالجبر في هذه الصورة أن يقال : يجوز البيع في شيء من الجيد بشيء من الرديء وقيمته ثلث شيء . فتكون المحاباة بثلثي شيء .

---

(١) في أ : لزول .
(٢) في أ : إلى .

ألقها من الجيد يبقى قفيز إلا ثلثي شيء يعدل مثل المحاباة . وذلك شيء وثلث شيء فإذا جبرته عدل شيئاً . فالشيء نصف القفيز .

ولك طريق آخر وهو : أن تضرب ما حاباه به في ثلاثة تبلغ ستين . ثم انسب[1] قيمة الجيد إليها تجده نصفها . فيصح بيع نصف الجيد بنصف الرديء .

وإن شئت فقل : قدر المحاباة الثلثان ومخرجهما ثلاثة . فخذ للمشتري سهمين منه وللورثة أربعة ثم انسب المخرج إلى الكل بالنصف . فيصح بيع نصف أحدهما بنصف الآخر .

(**فلو لم يفض**[2] **كعبد**) لمريض (**يساوي ثلاثين**) ، باعه (**بعبد يساوي عشرة**) ولم تجز الورثة فيقال : (**صح بيع ثلثه**) أي : ثلث الذي يساوي ثلاثين (**بالعشرة**) أي : بالذي يساوي عشرة ، (**والثلثان**) اللذان لم يصح البيع فيهما (**كالهبة ، للمبتاع نصفهما**) إن كان غير وارث من المريض ،

(**لا إن كان وراثاً**) فإنه لا شيء له من الثلثين . وتقدم في المسألة ثلاث روايات : إحداها : ما في المتن .

قال في « الإنصاف » : فالصحيح من المذهب صحة بيع ثلثه بالعشرة والثلثان كالهبة . فيرد الأجنبي نصفهما وهو عشرة ويأخذ عشرة بالمحاباة ؛ لنسبتهما من قيمته . قدمه في « المحرر » و« الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفروع » .

قال في « الحاوي » : اختاره القاضي ومن وافقه . انتهى .

والثانية : يصح البيع في نصفه بنصف ثمنه ؛ كمسألة القفيز الجيد بالقفيز الرديء .

وللمشتري الخيار على الروايتين ؛ لتفرق الصفقة عليه . فإن فسخ وطلب قدر المحاباة أو طلب الإمضاء في الكل وتكميل حق الورثة من الثمن : لم يكن له ذلك .

---

(١) في أ : النسب .
(٢) أي لم يفض إلى ربا .

والرواية الثالثة : يصح البيع في العبد كله ويرد المشتري للوارث تمام قيمته عشرين وللأجنبي نصفها عشرة . أو يفسخان .

وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بعبد يساوي خمسة عشر أو بخمسة عشر . فعلى الأولى للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن . وعلى الثانية يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي . فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثي الثمن .

فإن خلف البائع عشرة أخرى فعلى الأولى يأخذ المشتري نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن . ويرد نصف تسعه . وعلى الثانية يصح البيع في ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن ، وجعل في « المغني » الرواية الثالثة قولاً لأهل العراق ، ووهم في « المبدع » فقال عن الرواية الأولى التي اختارها القاضي : إنها قول أهل العراق .

(**وإن أقال**) المريض في عقد سَلَم[١] : (**من سلَّفه عشرة**) من دراهم أو دنانير ، (**في كُرِّ حنطة وقيمته عند الإقالة ثلاثون**) من جنس تلك العشرة ، والحال : أنه لا يملك غير ما[٢] في ذمة المسلم إليه : (**صحت**) الإقالة (**في نصفه**) أي : نصف الكر الحنطة (**بخمسة**) من رأس المال ، وبطلت فيما بقي قولاً واحداً ؛ لئلا يفضي صحتها في أكثر من ذلك إلى الإقالة في السلم بزيادة . (**إلا إن كان وارثاً** .

وإن أصدق) المريض (**امرأة عشرة . لا مال له غيرها ، وصداق مثلها**) أي : مثل المرأة التي أصدقها العشرة (**خمسة فماتت**) معه فورثها ، (**ثم مات**) ولم يخلف[٣] سوى ما أصدقها دخلها الدَّوْر . (فـ) يقال : (**لها بالصداق خمسة ، و**) لها (**شيء بالمحاباة**) ويبقى لورثة الزوج خمسة إلا شيئاً ، ثم (**رجع إليه**) أي : إلى الزوج (**نصفه**) أي : نصف الذي لها وهو الخمسة ،

---

(١) في أ : مسلم .
(٢) في ب : غيرها .
(٣) في أ : يخلفا .

وشيء (**بموتها**) وهو اثنان ونصف ونصف شيء . (**صار له سبعة**) دنانير (**ونصف إلا نصف شيء**) ؛ لأنه كان له خمسة إلا شيئاً وورث اثنين ونصفاً ونصف شيء ، (**يعدل**) ذلك (**شيئين . اجبرها**) أي : اجبر السبعة ونصفاً إلا نصف شيء (**بنصف شيء**) بأن تقدر إضافة نصف شيء إلى ذلك فتصير سبعة ونصفاً تامة ، (**وقابل**) الجبر بتقدير إضافة نصف شيء على الشيئين فتصير شيئين ونصفاً : (**يخرج الشيء ثلاثة**) ؛ لأن الستة تقابل شيئين والواحد مع النصف تكملة السبعة ، ونصف تقابل نصف شيء . (**فلورثته**) أي : الزوج (**ستة**) ؛ لأن لهم شيئين ، (**ولورثتها أربعة**) ؛ لأنه كان لها خمسة وشيء ، وذلك ثمانية رجع إلى ورثته نصفها وهو أربعة .

وإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت : يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ما حاباها به إلى ورثة الزوج . وبقي لورثتها صداق مثلها .

وإن كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت : يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة ، فيكون لها بالصداق تسعة مع خمستها أربعة عشر : رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم[1] صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة .

وإن كان عليها دين ثلاثة قلت : يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء تعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان[2] .

والباب في هذا : أن تنظر ما يبقى في يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه . وذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفاً ، والشيء هو خمسا شيئين ونصف ، وإن شئت أسقطت خمسه وأخذت نصف ما بقي .

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في أ : وخمسون .

(**وإن مات**) زوجها (**قبلها ورثته**) أي : ورثت فرضها منه بالزوجية ، (**وسقطت المحاباة**) أي : بطلت . نص عليه .

قال في « الإنصاف » : وهذا الصحيح من المذهب . انتهى .

والمراد : إلا أن يجيزها باقي الورثة ؛ لأنها كالوصية لوارث .

وعنه : تعتبر من الثلث . نص عليه أيضاً .

قال في « الفروع » : وزيادة مريض على مهر المثل من ثلثه . نص عليه .

وعنه : لا تستحقها . صححها ابن عقيل وغيره .

قال أحمد : كوصية لوارث . انتهى .

قال أبو بكر عن رواية اعتبار المحاباة من الثلث : هذا قول قديم رجع عنه .

قال الحارثي : قول أبي بكر : إنه مرجوع عنه لا دليل عليه من تاريخ ولا غيره . انتهى .

وعلم من قول الإمام : إنها كوصية لوارث : أنه لو مات قبلها ولم ترثه لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك : أن لها مهر مثلها وثلث ما حاباها به إن لم يكن له مال غير ذلك . وصرح بذلك في « المغني » .

(**ومن وهب زوجته كل ماله في مرضه . فماتت قبله**) ثم مات : (**فلورثته أربعة أخماسه ، ولورثتها خمسه**) . ذكره في « الإنصاف » ولم يذكر فيه خلافاً ولم يعزه إلى أحد . وعبارته في « المحرر » في هذه المسألة : ومن أعطى أو وصى لغير وارث في الظاهر فصار عند الموت وارثاً أو بالعكس : فالاعتبار بحالة الموت .

فعلى هذا لو وهب المريض زوجته ماله فماتت قبله ولا مال له[1] سواه أفضى إلى الدور فيعمل بطريق الجبر . فنقول : صحت الهبة في شيء وعاد إليه نصفه بالإرث ، يبقى لورثته المال كله إلا نصف شيء يعدل ذلك شيئين . فإذا جبرت

---

(١) في ج : لها .

وقابلت خرج الشيء خمسي المال وهو ما صحت فيه الهبة . فيحصل لورثته أربعة أخماس ولعصبتها خمسه . انتهى .

ووجه إفضاء ذلك إلى الدور : أنا تبينا بموت الزوجة قبله : أن الهبة لغير وارث . فتصح في ثلثه عند الموت فقد صحت في قدرٍ من ماله عند الهبة وعاد إليه نصفه بالميراث فيزيد ثلثه بذلك ، وإذا زاد ثلثه زاد القدر الذي صحت الهبة فيه فيدور ؛ لأنه لا يعلم ما صحت فيه الهبة حتى يعلم الميراث ، ولا يعلم الميراث حتى يعلم ما صحت فيه الهبة . فيعمل بطريق الجبر ؛ لأنها تُخرج المجهولات . إذ هي موضوعة لذلك فيقال : صحت الهبة في شيء ؛ لأن الشي يصدق على كل مجهول القدر . وعاد إليه نصفه بالإرث . فيبقى لورثتها نصف شيء ، ولورثته المال كله إلا نصف شيء . وذلك يعدل شيئين ؛ لأنا صححنا الهبة في شيء . فيكون لورثته مثلا ذلك ؛ لأن الهبة صحت في ثلث المال وبقي للورثة ثلثاه . فإذا كان الثلث شيئاً يكون الثلثان شيئين . فاجبر المال بنصف شيء وقابل بأن تزيد على ما يعادله نصف شيء مثل ما جبرت به يصير المال كله يعدل شيئين ونصف شيء . فيكون الشيء خمسين ، وإذا كان كذلك فلورثة الزوج بالشيئين أربعة أخماس المال[1] ، ولعصبتها نصف شيء وهو خمس المال . والله أعلم .

* * *

---

(١) ساقط من ب .

(فصل) في إقرار المريض بعتق رقيقه

الذي يرثه ، وشرائه من يعتق عليه أو على وارثه ، وتزوج من أعتقها[1] في مرضه وغير ذلك .

(**ولو أقرَّ**) مريض ملك ابن عمه ، أو ابن ابن عمه ، أو ابن عم أبيه ، أو نحو ذلك في صحته ، حال كون إقراره (**في مرضه : أنه أعتق ابن عمه أو نحوه في**) حال (**صحته** .

أو ملك) المريض في مرضه (**من يعتق عليه**) ؛ كأخيه وأبيه ، وكان ملكه لذلك في المرض (**بهبة أو وصية : عَتَق**) المقَرُّ بعتقه في الصحة ، والحادث ملكه بالهبة أو الوصية في المرض (**من رأس ماله ، وورِث**) .

قال في « المحرر » و« الفروع » : إنه المنصوص في المسألتين .

أما كون عتقهما من رأس المال ؛ فلأنه لا تبرع فيه . إذ التبرع بالمال إنما هو بالعطية أو الإتلاف أو التسبب إليه . وهذا ليس بواحد منها . والعتق ليس من فعله ولا متوقف على اختياره . فهو كالحقوق التي تلزم بالشرع . فيكون من رأس المال .

وأما قبول الهبة ؛ فليس بعطية ولا إتلاف لماله ، وإنما هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله . فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه . وفارق الشراء فإنه تضييع[2] لماله في ثمنه .

وأما كونهما يرثان أيضاً ؛ فلأنه لا مانع فيهما من موانع الإرث . فورثا ؛ كغيرهما .

---

(١) في أ : أعتقا .

(٢) في أ : تضيع .

وقيل : لا يرثان ؛ لأنه لو ورثا لصارت وصية لوارث . فيبطل عتقه ، وإذا بطل عتقه بطل ميراثه . فكان تحصيل العتق أولى من الميراث .

وأجيب عن ذلك : بأنه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه .

(**فلو اشترى**) مريض (**ابنه ، ونحوه**) ؛ كأخيه وعمه (**بمائة**) ولا يملك غيرها سوى مائتين ، (و) الحال : أنه (**يساوي ألفاً** : **فقدر المحاباة**) الحاصلة للمريض من البائع وهو تسعمائة (**من رأس ماله**) أي : فلا يحتسب بها في التركة ولا عليها ويعتق بالشراء .

(**و**) يحسب (**الثمن**) الذي هو المائة في هذه المسألة (**وثمن كل من يعتق عليه**) أي : على المريض إذا اشتراه في مرضه (**من ثلثه**) ؛ لأنه عتقٌ في المرض . فيحسب من الثلث ؛ كما لو كان العتيق أجنبياً .

وعنه : يعتق ذو الرحم من رأس المال . فلو كان المشتري ابناً ومعه ابن آخر . أو كان أخاً ومعه أخ آخر . أو كان عماً ومعه عم آخر ، ولم يفضل أحدهما الآخر بكونه لأبوين والآخر لأب : اقتسما المائتين نصفين ؛ لأن الثمن قد حمله الثلث . ذكر الأصحاب هذه المسألة إشارة إلى الخلاف فيها .

قال في « المغني » بعد أن فرض المسألة في مريض له ابن حر وابن رقيق فاشترى الرقيق في مرضه ، وعبارته : وإن اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً . ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه إلا في قول الشافعي ومن وافقه . فإن الحر يملك بقية أخيه . فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن وذلك تسعا رقبته ؛ لأنه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته .

وقيل : يفسخ البيع في ثلثيه .

وقيل : في جميعه .

وقال أبو حنيفة : يسعى لأخيه في قيمة ثلثيه .

وقال أبو يوسف ومحمد : يسعى له في نصف قيمته .

فإن ترك ألفين سواه عتق كله ؛ لأن التركة هي الثمن مع الألفين ، والثمن يخرج من الثلث . فيعتق ويرث نصف الألفين . وهو قول الشافعي .

وقيل : يعتق ولا يرث .

وعند أبي حنيفة وأصحابه : التركة قيمته مع الألفين وذلك خمسة آلاف . فعلى قول أبي حنيفة : يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ، ويسعى لأخيه في ألف وثلث ألف . وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ، ويسعى لأخيه في خمسمائة والألفان لأخيه في قولهم جميعاً . انتهى كلامه في « المغني » .

(**ويرث**) من المريض ذو رحمه الذي اشتراه في مرضه وعتق من ثلثه . نص عليه . قال في « الفروع » : ويرثه . اختاره جماعة .

قال في « الإنصاف » : منهم القاضي وابنه أبو الحسين وابن بكروس والمجد والحارثي وغيرهم . انتهى .

وذكر في « المحرر » : أن الإمام نص على أنه يرث . ثم ذكر قولاً بعدم إرثه .

ووجه المذهب : أنه لم يقم به مانع من الإرث . فورث ؛ كغيره .

وقيل : لا يصح شراء المريض المديون لذي رحمه .

وقيل : يصح ويباع .

(**فـ**) على المذهب مما تقدم من كون شرائه صحيحاً ، ومن كون ثمنه من ثلثه ، ومن كونه يرث : (**لو اشترى**) المريض (**أباه بكل ماله**) ومات ، (**وترك ابناً** : **عَتَق ثلث الأب**) بمجرد شرائه (**على الميت ، وله ولاؤه**) ؛ لأنه المباشر لسبب عتقه ، (**وورث**) الأب (**بثلثه الحر من نفسه ، ثلث سدس باقيها المرقوق**) ؛ لأن فرضه السدس لو كان تام الحرية فله بثلثها ثلث السدس .

(**ولا ولاء**) لأحد (**على هذا الجزء**) الذي ورثه من نفسه . (**وبقية الثلثين تعتق على الابن**) بإرثه لها ، (**وله ولاؤها**) بعتقها عليه . وتصح المسألة من

سبعة وعشرين : تسعة منها وهي الثلث يعتق على الميت وله ولاؤها ، وسهم منها يعتق على نفسه لا ولاء عليه لأحد وهو ثلث سدس الثلثين ، ويبقى سبعة عشر سهماً يرثها الابن تعتق عليه .

(**ولو كان الثمن**) الذي اشترى به المريض أباه ولا يملك غيره (**تسعة دنانير ، وقيمته**) أي : الأب (**ستة : تحاصًا**) أي : البائع والأب في ثلث التسعة . (**فكان ثلث الثلث**) وهو دينار (**للبائع**) ، حال كونه (**محاباة ، وثلثاه للأب عتقاً : يَعْتِق به ثلث رقبته ، ويرد البائع**) من المحاباة (**دينارين**) ؛ لبطلانها فيهما ، (**ويكون ثلثا الأب**) أي : ثلثا رقبته (**مع الدينارين**) اللذين ردهما البائع (**ميراثاً**) للابن ؛ لأن قيمة الثلثين من جده أربعة فتكون مع الاثنين ستة .

قال ابن رجب في القاعدة السابعة والخمسين : فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض : محاباة البائع بثلث المال ، وعتق الأب إذا قلنا أن عتقه من الثلث . وفيه وجهان :

أحدهما : وهو قول القاضي في « المجرد » وابن عقيل في « الفصول » : يتحاصان ؛ لأن ملك المريض لأبيه مقارن لملك المشتري لثمنه ، وفي كل منهما عطية منجّزة فتحاصا لتقارنهما .

والثاني : أنه تنفذ المحاباة ولا يعتق الأب . وهو اختيار صاحب « المحرر » ؛ لأن المحاباة سابقة لعتق الأب . فإن ملك المشتري للثمن الذي وقعت المحاباة فيه وقع مقارناً لملك الأب ، وعتقه ترتب على ملكه ولم يقارنه . فقد قارنت المحاباة شرط عتق الأب لا عتقه . فنفذت ؛ لسبقها . انتهى .

لكن الأظهر : أن يكون مكان لقطة المشتري لقطة البائع . والله أعلم .

(**وإن**) اشترى المريض قريبه الذي إن مات المريض (**عَتَق على وارثه**) ؛ كمريض يرثه ابن عم له فوجد أخا ابن عمه يباع فاشتراه : (**صح**) الشراء ، (**وعتق عليه**) أي : على أخيه بإرثه له من ابن عمه .

قال في « المحرر » : قولًا واحداً .

(**وإن دبَّر**) المريض (**ابن عمه ، ونحوه**) ؛ كابن عم أبيه : (**عَتَق**) بموته ، (**ولم يرث**) منه شيئاً .

قال في « الإنصاف » : والمنصوص : لا يرث .

وقيل : يرث . انتهى .

ووجه المذهب : أن الإرث قارن الحرية ولم يسبقها . فلم يكن أهلاً للإرث حينئذ . (**و**) إن قال مريض لابن عمه ونحوه : (**أنت حر آخر حياتي**) ثم مات سيده : (**عَتَق وورث**) منه ؛ لسبق الحرية الإرث .

قال في « الفروع » : والأشهر يرث . انتهى .

فدل على خلاف فيه . (**بخلاف من علَّق عتقه بموت قريبه**) ؛ كعبدٍ قال له سيده : إن مات أخوك فلان الحر فأنت حر . فإذا مات أخوه عتق ولم يرثه .

قال في « الفروع » : ذكره جماعة .

قال القاضي : لأنه لا حق له فيه . ويتوجه الخلاف . انتهى .

(**وليس عتقه**) أي : عتق من قال له سيده : أنت حر آخر حياتي (**وصية له**) .

قال في « الفروع » : وليس عتقه وصية له فهو وصية لوارثه . انتهى .

يعني : أنا لو قلنا أن ذلك وصية مع القول بإرثه لما كانت تصح ؛ لأنها تصير وصية لوارث فتتوقف على الإجازة .

(**ولو أعتق**) المريض (**أمة وتزوجها في مرضه**) ثم مات : (**وَرِثَتْه**) . نص عليه في رواية المروذي .

قال الحارثي : وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب منهم القاضي وابن عقيل والشريف أبو جعفر .

وقيل : لا . اختاره ابن شاقلا في « تعاليقه » وصاحب « التلخيص » .

(**وتعتق : إن خرجت من الثلث ، ويصح النكاح . وإلا**) أي : وإن لم تخرج من الثلث (**عتق**) منها (**قدره**) أي : قدر ما يقابل الثلث ، (**وبطل**

النكاح) ؛ لأنه قد تبين أنه قد نكح مبعضة يملك بعضها وحينئذ فقد بطل سبب الإرث .

وقد عُلم من هذا : أن القول بإرثها مشروط بما إذا تبين حال الموت صحة النكاح بكمال حريتها بخروجها من الثلث .

(ولو أعتقها وقيمتُها مائة ، ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما ، وهما مهر مثلها ، ثم مات : صح العتق) والنكاح ، **(ولم تستحق الصداق ؛ لئلا يفضي إلى بطلان عتقها . ثم يبطل صداقها)** .

ووجه ذلك : أنها إذا استحقت الصداق لم يبق له سوى قيمة الأمة المقدر بقاؤها . فلا ينفذ العتق في كلها ؛ لكون الإنسان محجوراً عليه في التصرف في مرضه في جميع ماله ، وإذا بطل العتق في البعض بطل النكاح . وإذا بطل النكاح بطل الصداق .

وقال القاضي : تستحق المائتين وتعتق ؛ لأن العتق وصية لها وهي غير وارثة ، والصداق استحقته بعقد المعاوضة . وهي تنعقد من رأس المال .

قال في « المغني » : والأول أولى من القول بصحة العتق واستحقاق الصداق جميعاً ؛ لإفضائه إلى القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع المال ولا خلاف في فساد ذلك . انتهى .

ولو أعتقها وأصدق المائتين أجنبية ومات قبل أن يتجدد له مال : صح الإصداق وبطل العتق في ثلثي الأمة ؛ لأن الخروج من الثلث معتبر بحال الموت ، [وحالة الموت][1] لم يبق له مال . وكذا لو تلفت المائتان قبل موته .

(ولو تبرع) المريض **(بثلثه)** أي : ثلث ماله في مرضه ، **(ثم اشترى أباه ، ونحوه)** ؛ كأمه **(من الثلثين)** وللمريض ولد أو أكثر : **(صح الشراء)** . قاله القاضي ومن تابعه . **(ولا عتق)** أي : ولا يعتق الذي اشتراه ؛ لكونه اشتراه بمال هو مستحق للورثة بتقدير موته .

---

(١) ساقط من أ .

ولأن الشراء وصية والتبرع مقدم عليها . فلم يبق من الثلث شيء .

(**فإذا مات**) المريض : (**عَتَق**) الذي اشتراه (**على وارث**) ؛ لأنه ملك من يعتق عليه فعتق .

ومحل ذلك : (**إن كان**) الذي اشتراه (**ممن يَعتق عليه**) أي : على الوارث ؛ كما لو كان المشتري أباً للمريض أو أماً له والوارث ابناً له . فإنه يعتق عليه ؛ لأنه جده أو جدته . (**ولا إرث**) أي : ولا يرث المشتري من اشتراه شيئاً ؛ (**لأنه لم يعتق في حياته**) والإرث من شرطه حرية الوارث عند الموت ولم يوجد .

وقيل : إن الشراء ليس بوصية .

فعلى هذا يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت ، وما بقي فللأب سدسه وباقيه للابن .

وأطلق الوجهين في شرح « المقنع » . لكن قال في « الإنصاف » عن الأول : إنه المذهب ، وأن ابن منجى جزم به ، وأنه المقدم في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » .

وإذا تبرع المريض بمال أو أعتق قنّا له ثم أقر بدين : لم يبطل تبرعه ولا عتقه . نص عليه أحمد : فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين : عَتَق العبد ولم يُردّ إلى الرقِّ .

قال في « المغني » : وهذا لأن الحق ثبت بالتبرع في الظاهر . فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره . انتهى .

ولو ادعى المتهب الهبة أو المعتوق العتق في الصحة فأنكر الورثة : قبل قولهم . نقله مهنا في العتق .

ولو قال المتهب : وهبني زمن كذا صحيحاً . فأنكروا صحته في ذلك الزمن : قُبل قول المتهب . ذكرهما في « الفروع » .

وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه ؛ كأرش جنايته أو جناية رقيقه .

وما عاوض عليه بثمن المثل وما يتغابن الناس بمثله : فهو من رأس المال .

قال في « المغني » : لا نعلم فيه خلافاً . وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي .

وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال ؛ لأنه صرفٌ لماله في حاجة نفسه . فيقدم بذلك على وارثه .

وكذلك لو اشترى جارية ليستمتع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها ، أو اشترى من الأطعمة التي لا يأكل مثله مثلها : جاز ، وصح شراؤه ؛ لأنه صرفٌ لماله في حاجة نفسه .

ثم قال : فأما إن قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون : صح قضاؤه ، ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه . وإن لم تف بها ففيه وجهان :

أحدهما : أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن حقوقهم تعلقت بماله في مرضه . فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم ؛ كتبرعه .

ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك إذا قضاها .

والثاني : أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته . وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي ؛ لأنه أدى واجباً عليه . فصح ؛ كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه .

ويفارق الوصية فإنه لو اشترى ثياباً مثمنة صح . ولو وصى بتكفينه في ثياب مثمنة : لم يصح . يحقق هذا : أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى ، إذ لا أثر لتراخيه . انتهى .

قال في « المغني » : ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة : اقتضى قول أصحابنا : أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ، ويبقى للورثة خمسة وخمسون . وهذا مذهب أبي حنيفة .

وقال صاحباه : يحسب عليه قيمته أيضاً وتضم إلى التركة ، ويبقى للورثة ستون .

وقال الشافعي : لا يرث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمته ؛ لئلا يكون إعتاقه وصية لوارث . وهذا مقتضى قول الخرقي إن شاء الله تعالى . [والله أعلم][1] .

* * *

(١) زيادة من ج .

[كتاب الوصية]

كتاب يذكر فيه مسائل من أحكام الوصايا .

[الوصايا] : جمع وصية على وزن فعيلة ، والياء الساكنة بعد الصاد زائدة للمد ، والياء المتحركة بعدها لام الكلمة وأدغمت ، والتاء للتأنيث . وأصل وصايا وصائي بهمزة مكسورة بعد المد تليها ياء متحركة هي لام الكلمة . فتحت[1] هذه الهمزة العارضة في الجمع وقلبت الياء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها . فصار وصاءا . فكرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة . فقلبوها ياء فصار وصايا .

قال في « المبدع » : ولو قيل[2] : إن وزنه فَعَالى ، وأن جمع المعتل خلافُ جمع الصحيح لكان حسناً . انتهى .

والوصية مأخوذة في اللغة : من وصيت الشيء أصيه إذا وصلته . وسميت بذلك لأن الميت وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر مماته . ويقال : وصى وأوصى بمعنى واحد . والاسم الوصية والوصاة .

ثم (**الوصيةُ**) لغة : عبارة عن الأمر ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَوَصَّىٰ بِهَآ إِبْرَٰهِۦمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ ﴾ [البقرة : ١٣٢] ، وقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكُمْ وَصَّىٰكُم بِهِۦ ﴾ [الأنعام : ١٥٣] .

ومنه قول الخطيب : أوصيكم بتقوى الله . أي آمركم .

وشرعاً : (**الأمر بالتصرف بعد الموت**) . كأن يوصي إلى إنسان بتزويج بناته ، أو بأن يغسله ، أو يصلي عليه إماماً ، أو يتكلم على صغار أولاده ، أو يفرق ثلثه .

---

(١) في ج : افتحت .

(٢) في أ و ب : قال .

وقد « أوصى أبو بكر بالخلافة لعمر »[1] .

و « وصى بها عمر إلى أهل الشورى »[2] .

وقد روى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال : « أوصى إلى الزبير سبعةٌ من أصحابه . فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أيتامهم من ماله »[3] .

وقوله : بعد الموت قيدٌ مخرجٌ للوكالة .

وهذا الحد لأحد نوعي الوصية . فإنها تارة تكون بفعل وتارة تكون بمال .

وأشير إلى الثاني بقوله : (**وبمالٍ . التبرُّعُ به بعد الموت**) وهذا الحد أصح ما قيل فيها[4] . والقيد الأخير أخرج الهبة .

وقيل في حد الوصية بنوعيها أنها : إثبات حق معلوم بالموت لفظاً أو تقديراً من متبرع غير تدبير ، ومن تصرف . يتنجز ذلك بوفاة الموصي بعد وجود شرطه ، ويلحق بها حكماً ما نجزه من التبرعات .

وقال أبو الخطاب : هي : التبرع بما يقف نفوذه[5] على خروجه من الثلث .

قال في « الإنصاف » : فعلى قوله : تكون العطية في مرض الموت وصية . والصحيح خلافه . انتهى .

وقد أجمع العلماء في جميع الأمصار على جواز الوصية . وسند الإجماع من الكتاب قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ . . . ﴾ الآية [البقرة : ١٨٠] . وقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء : ١١] .

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٨ : ١٤٩ كتاب قتال أهل البغي ، باب الاستخلاف .

(٢) أخرجه مسلم في « صحيحه » (٥٦٧) ١ : ٣٩٦ كتاب المساجد ، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً أو نحوهما .

(٣) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ٢٨٢ كتاب الوصايا ، باب الأوصياء .

(٤) في ج : له .

(٥) في ج : تعوذه .

ومن السنة قوله ﷺ : « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه[1] يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه »[2] . متفق عليه من حديث ابن عمر .

وعن أبي الدرداء مرفوعاً : « إن الله تعالى[3] تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم »[4] . رواه الدارقطني .

(**ولا يعتبر فيها**) أي في الوصية (**القربة**) ؛ لصحتها لمرتد وحربي بدار الحرب . وسيأتي الكلام على ذلك .

قال في « الإنصاف » : لا يشترط في صحة الوصية القربة على الصحيح من المذهب . خلافاً للشيخ تقي الدين . فلهذا قال : لو جعل الكفر أو الجهل شرطاً في الاستحقاق لم يصح . فلو وصى لأجهل الناس لم يصح . وعلل في « المغني » الوصية لمسجد بأنه قربة .

قال في « الفروع » : فدل على اشتراطها .

وقال في « الترغيب » : تصح الوصية لعمارة قبور المشايخ والعلماء .

وقال في « التبصرة » : إن أوصى لما لا معروف فيه ولا بر ككنيسة أو كتب التوراة لم يصح .

(**وتصح**) الوصية (**مطلقة**) ؛ كأوصيت لفلان بكذا . (**أو مقيدة**) ؛ كإن مت في مرضي هذا أو بعد سنة فقد وصيت لفلان بكذا ؛ لأنه تبرع مَلك تنجيزه . فملك تعليقه ؛ كما لو علق عتق عبده على غير الموت من الشروط .

(**مِن**) إنسان (**مكلف لم يُعَاين الموت**) . قاله في « الكافي » .

---

(١) في ج : به .

(٢) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٥٨٧) ٣ : ١٠٠٥ كتاب الوصايا ، باب الوصايا . . .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٧) ٣ : ١٢٤٩ كتاب الوصية .

(٣) ساقط من أ و ب .

(٤) أخرجه الدارقطني في « سننه » (٣) ٤ : ١٥٠ الوصايا .

قال في « الفروع » : وفاقاً للشافعي قال : لأنه لا قول له ، والوصية قول .

ولنا خلاف : هل تقبل التوبة ما لم يعاين الملك أو ما دام مكلفاً أو ما لم يغرغر ؟ فيه أقوال .

وفي « مسلم » وغيره : « يا رسول الله ! أي الصدقة أفضل؟ فقال : أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تخشى الفقر وتأمل الغنى . حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفَلان كذا ولفلان كذا . ألا وقد كان لفلان »[1] .

معنى بلغت الحلقوم : بلغت الروح .

وقال[2] في « شرح مسلم » إما من عنده أو حكاية عن الخطابي : والمراد قاربت بلوغ الحلقوم . إذ لو بلغته حقيقة لم تصح وصيته ولا صدقته ولا شيء من تصرفاته باتفاق الفقهاء . انتهى كلامه في « الفروع » .

(**ولو**) كان الموصي (**كافراً أو فاسقاً أو أخرس**) بإشارة ؛ لأن هبة هؤلاء صحيحة . فوصيتهم أولى .

(**لا**) إن كان (**معتقلاً لسانُه بإشارة**) ولو مفهومة ، نص عليه ؛ لأنه غير مأيُوس من نطقه . فلم تصح وصيته بالإشارة ؛ كالقادر على الكلام .

قال في « الفروع » : ويتوجه فيه وجه .

وقيل : بلى كأخرس . انتهى .

(**أو**) كان الموصي (**سفيهاً**) والوصية (**بمال**) فإنها تصح ؛ لأنها تمحضت نفعاً له من غير ضرر . فصحت منه ؛ كعباداته .

ولأنه إنما حُجر عليه لحفظ ماله ، وليس في الوصية إضاعة له لأنه إن عاش كان ماله له ، وإن مات كان له ثوابه ، وهو أحوج إليه من غيره .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٥٩٧) ٣ : ١٠٠٨ كتاب الوصايا ، باب الصدقة عند الموت .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٠٣٢) ٧١٦ كتاب الزكاة ، باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح .

(٢) في أ و ب : قال .

وقيل : لا تصح منه الوصية بالمال كما (**لا**) يصح منه أن يوصي (**على ولده**) ؛ لأنه لا يملك أن يتصرف على ولده بنفسه فوصيه أولى .

(**ولا**) تصح الوصية إن كان الموصي (**سكران**) ؛ لأنه غير عاقل حينئذ . أشبه المجنون . وطلاقه إنما وقع تغليظاً عليه لارتكابه المعصية .

وقيل : بلى بناء على طلاقه .

(**أو مُبَرْسَمًا**) . يعني أنه لا تصح وصية المبرسم فإنه لا حكم لكلامه . أشبه المجنون .

ولأنه إذا لم تصح عباداته التي هي محض نفع فلئلا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه أولى .

لكن إن كان يفيق أحياناً فأوصى حال إفاقته فإنها تصح ؛ لأنه حينئذ في حكم العقلاء في شهادته ووجوب العبادة عليه .

والمغمى عليه كذلك .

(**و**) تصح الوصية (**من**) إنسان (**مميز**) والمراد يعقل الوصية ؛ لأنها تصرفٌ تمحض[1] نفعاً للصغير . فصح منه ؛ كالإسلام[2] والصلاة . وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله . فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه . بخلاف الهبة والعتق المنجّز فإنه يفوّت من ماله ما يحتاج إليه . وإذا ردت[3] رجعت إليه .

وعنه : لا تصح وصيته حتى يبلغ عشراً .

قال في « الفروع » : وتصح من بالغ عشراً في المنصوص . وفي مميز روايتان . انتهى .

---

(١) في ج : بمحض .
(٢) في ج : كإسلام .
(٣) في ج : أردت .

قال في « المقنع » : وتصح من الصبي العاقل إذا جاوز العشر . ولا تصح ممن له دون سبع . وفيما بينهما روايتان .

قال في « الإنصاف » عند ذكر هذه المسألة : إحداهما : لا تصح . وهو ظاهر كلام الخرقي وصاحب « الوجيز » وصححه في « التصحيح » .

قال ابن أبي موسى : لا تصح وصية الغلام لدون عشر ، ولا إجازته قولاً واحداً . واختاره أبو بكر وقدمه في « المحرر » و« الرعايتين » و« النظم » و« شرح ابن رزين » وجزم به في « المنور » و« منتخب الآدمي » واختاره ابن عبدوس في « تذكرته »[1] .

قال في « القواعد الأصولية » : هذا المشهور عن أحمد .

قال الحارثي : هذا الأشهر عنه .

والرواية الثانية : تصح وهو المذهب .

قال القاضي وأبو الخطاب : تصح وصية الصبي إذا عقل .

قال المصنف في « العمدة » : وتصح الوصية من الصبي إذا عقل وجزم به في « التسهيل » وصححه في « الخلاصة » وقدمه في « الكافي » و« المذهب » و« إدراك الغاية » . انتهى .

وعنه : تصح إذا بلغ اثنتي عشرة[2] سنة نقلها ابن المنذر .

ونقل الأثرم[3] : لا تصح من ابن اثنتي عشرة[4] سنة .

وقيل : لا تصح حتى يبلغ . وهو احتمال في « الكافي » .

وعلم مما تقدم أنها لا تصح ممن له دون سبع بلا خلاف ، لأنه طفل لا يصح إسلامه ولا عبادته . وإلى ذلك أشير بقوله : (لا طفلٍ) .

---

(١) في أ : تذكرة .

(٢) في ج : اثني عشر .

(٣) في أ : ابن الأثرم .

(٤) في ج : اثني عشر .

وتصح الوصية (**بلفظ**) مسموع من الموصي بلا خلاف ، (**وبخط ثابت**) أنه خط الموصي (**بإقرار ورثة**) بذلك (**أو إقامة بينة**) أنه خط الموصي .

قال في « الإنصاف » عند قوله في « المقنع » : وإن وُجدت وصيته بخطه صحت : هذا المذهب مطلقاً .

قال الزركشي : نص عليه أحمد واعتمده الأصحاب وقاله الخرقي وقدمه في « المغني » و« الشرح » و« المحرر » و« الرعايتين » و« الفروع » وغيرهم .

وقال القاضي في « شرح المختصر » : ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة أو الحاكم لفعل الكتابة ؛ لأن الكتابة عمل والشهادة على العمل طريقها الرؤية . نقله الحارثي . ويحتمل أن لا تصح حتى يُشهد عليها . انتهى .

والأصل في ذلك حديث ابن عمر المرفوع المتفق عليه : « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه »[١] . ولم يذكر الشهادة .

ولأن الوصيةَ يُتسامح فيها . ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر . فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط ؛ كرواية الحديث وكتابة الطلاق .

(**لا إن ختمها**) الموصي (**وأشهد عليها**) وهي مختومة ، ولم يعلم الشاهد ما فيها ، (**ولم يتحقق أنها**) أي الوصية (**بخطه**) أي خط الموصي[٢] .

قال في « الفروع » : ونصه : تصح بخطه الثابت بإقرار ورثة أو بينة . وعكسه ختمها والإشهاد عليها . فيخرج[٣] فيهما روايتان . انتهى .

قال ابن قندس في « حواشي الفروع » عند ذكر هذه العبارة : وإنما قلنا في العكس أنه لا يصح على المنصوص ؛ لأن الشاهد لا يجوز له أن يشهد بما فيها

---

(١) سبق تخريجه ص (٣٥٧) رقم (٢) .

(٢) في ج : الوصي .

(٣) في ج : ويخرج .

بمجرد هذا القول . والذي لا يصح هو الإشهاد . لكن الشاهد لا يصح أن يشهد فيها بقول الموصي هذه المقالة .

قال في « المغني » : وإن كتب وصيته وقال : اشهدوا عليَّ بما في هذه الورقة ، أو قال : هذه وصيتي فاشهدوا عليَّ بها : فقد حكي أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود : اشهدوا عليَّ بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوا منه[1] ما فيه أو يُقرأ عليه فيقر بما فيه . ويحتمل كلام الخرقي جوازه لأنه إذا قبل خطه المجرد فهذا أولى .

ووجه الأول : أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه . فلم يجز أن يشهد عليه ؛ ككتاب القاضي إلى القاضي . انتهى .

فأما إذا ثبت أنه[2] خطه فإنه يقبل على النص المشار إليه بقوله ونصه : يصح[3] بخطه الثابت .

وجماعة يفرقون بين المسألتين ، ويمنعون التخريج كشارح « المحرر » وغيره ؛ لأن مسألة الخط المجرد يجوز العمل به وهو مقبول للحاجة .

وفي الثانية : العمل بالشهادة على هذا الوجه والشهادة على هذا الوجه غير صحيحة .

وقال ابن عبدوس في « تذكرته » : وتصح بخطه ولا يصح الإشهاد على المختومة . ولم يذكر سوى ذلك .

وهذا ظاهر فإن عدم الصحة راجع إلى الإشهاد لا إلى عدم صحة الوصية مع الإشهاد المذكور ولو عرف الخط .

وكلام « المغني » وغيره كـ« شرح المقنع » واضح في ذلك ليس معه إشكال . نعم ظاهر كلام المصنف وجماعة أن الوصية بهذا الوجه وهو ختمها

---

(١) ساقط من أ و ب .

(٢) في ج : فإذا ثبت أنها .

(٣) في ج : وتصح .

والإشهاد عليها لا يصح . وهذا واضح ليس فيه مناقضة لما تقدم لأن الشهادة المذكورة غير جائزة فلا يصح بها المشهود به لعدم صحتها . وكونها لا تصح بهذه الشهادة لا يمنع صحتها بوجه غيره ، ومن ذلك خطه الثابت بإقرار أو بينة . فمعنى قولهم : لا تصح أي بمجرد هذه الشهادة . لا أنه[1] لا تصح مع ذلك بوجه من الوجوه . فإن هذا لا يمكن القول به ؛ لأنه يلزم منه أنه لو شهدت بينة غير تلك البينة بأنه قرأها عليهم وأشهدهم على ما فيها أنها لا تصح بذلك . وذلك لا يقوله عاقل . فعلم أن المراد عدم صحتها بمجرد تلك الشهادة . وأما إذا ثبت خطه[2] بالوجه الشرعي على مقتضى النص في المسألة التي قبلها فإنه يعمل بها . والله أعلم .

ووجه التخريج من المسألة الأولى إلى الثانية : أنه إذا قيل يعمل بالخط من غير قراءته فكذلك يُشهد عليه من غير قراءته لوجود المعرفة فيهما .

ووجه التخريج من الثانية إلى الأولى : أنه لما منع من الشهادة على الخط لعدم السماع منه فكذلك[3] لا يعمل بالخط لعدم السماع منه . انتهى كلام ابن قندس . وحاصله[4] ما في المتن .

ويجب العمل بوصية ثبتت بشهادة أو إقرار الورثة ما لم يعلم رجوعه عنها وإن طالت مدتها ؛ لأن حكمها لا يزول بتطاول الزمان عليه . ومجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام .

والأولى أن يكتب الموصي وصيته ويشهد على ما فيها لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها .

وروي عن أنس أنه قال : « كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله

---

(١) في ج : لأنه .
(٢) في ج : وخطه .
(٣) في أ و ب : كذلك .
(٤) في أ : وحاصل .

الرحمن الرحيم . هذا ما أوصى به[1] فلان : أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ﴿ وَأَنَّ ٱلسَّاعَةَ ءَاتِيَةٌ لَّا رَيْبَ فِيهَا وَأَنَّ ٱللَّهَ يَبْعَثُ مَن فِي ٱلْقُبُورِ ﴾ [الحج : ٧] . وأوصى من ترك من أهله بتقوى الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين . وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب[2] : ﴿ يَٰبَنِيَّ إِنَّ ٱللَّهَ ٱصْطَفَىٰ لَكُمُ ٱلدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ [البقرة : ١٣٢] »[3] . أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن[4] سيرين عن أنس .

(وتسن) الوصية (لمن ترك خيراً) ؛ لقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة : ١٨٠] . نُسخ الوجوب وهو المنع من الترك . بقي الرجحان وهو الاستحباب . يؤيده ما روى ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعاً : « يقول الله تعالى : يا ابن آدم ! جعلتُ لك نصيباً من مالك حين أخذت بكظمك لأُطهرك وأزكيك »[5] .

لكنها تجب على من عليه دين أو واجب غيره .

وعنه : تجب لكل قريب غير وارث . اختاره أبو بكر .

وفي « التبصرة » عنه : وللمساكين ووجوه البر .

وظاهره : أنها لا تستحب لمن لم يترك خيراً ؛ لأن الله سبحانه وتعالى علق الحكم بذلك . والمعلق بشرط[6] ينتفي عند انتفائه .

ولقوله ﷺ : « إنك أن تذر ورثتك أغنياء . . . » الخبر[7] .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ج : يعقوب .

(٣) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ٢٨٧ كتاب الوصايا ، باب ما جاء في كتاب الوصية .

(٤) في ج : أبي .

(٥) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٧١٠) ٢ : ٩٠٤ كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث .

(٦) في أ و ب : شرط .

(٧) سيأتي تخريجه ص (٣٦٨) رقم (٣) .

(**وهو**) أي والخير : (**المال الكثير عرفاً**) .

قال في « الإنصاف » : يعني في عرف الناس على الصحيح من المذهب . انتهى .

فعلى هذا لا يتقدر بشيء .

قال في « الفروع » : وتستحب مع غناه عرفاً .

وقال الشيخ : مع فضله عن غنى ورثته .

(**بخُمُسه**) أي خُمُس ماله . روي ذلك عن أبي بكر وعلي رضي الله تعالى[1] عنهما .

قال أبو بكر : « وصيت بما وصى[2] الله تعالى به لنفسه . يعني في قوله تعالى : ﴿ ۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ﴾ [الأنفال : ٤١] »[3] .

وقال العلاء بن زياد : « أُوصي إليَّ أن أسأل العلماء أيّ الوصية أعدل ؟ فما[4] تتابعوا عليه فهو وصية . فتتابعوا على الخُمُس » .

وقيل : ثلثه .

وفي « الإفصاح » : تستحب بدونه .

وذكر جماعة : بخمسه لمتوسط .

وذكر جماعة : أنه من ملك فوق ألف إلى ثلاثة .

ونقل أبو طالب : إن لم يكن له مال كثير ألفان أو ثلاثة أوصى بالخُمُس ولم يضيق على ورثته . وإن كان له مال كثير فالربع أو الثلث .

ونقل ابن منصور : دون ألف[5] فقير لا يوصي بشيء .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ج : أوصى .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في « مصنفه » (١٦٣٦٣) ٩ : ٦٦ كتاب الوصايا ، كم يوصي الرجل من ماله .

(٤) في ج : فيما .

(٥) في أ : ألفاً .

وتستحب أن تكون الوصية (**لقريب فقير**) يعني لا يرث ؛ لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ : « لا وصية لوارث »[1] . وبقي سائر الأقارب[2] على الوصية لهم . وأقل ذلك الاستحباب . وقد قال تعالى : ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ ﴾ [الإسراء : ٢٦] ، وقال تعالى : ﴿ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [البقرة : ١٧٧] . فبدأ بهم .

ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل . فكذلك بعد الموت .

(**وإلا**) أي وإن لم يكن له أقارب فقراء وقد ترك خيراً : فيستحب أن يوصي (**فلمسكين ، وعالم**) فقير ، (**ودين**) فقير ، (**ونحوهم**) كالغزاة الفقراء .

(**وتكره**) الوصية (**لفقير**) أي منه إذا كان (**له ورثة**) .

قال (**المنقح**) في « التنقيح » : قلت : (**إلا مع غنى الورثة**) .

قال في « الفروع » : وتكره لفقير . قال جماعة : وارثه محتاج .

قال في « التبصرة » : رواه ابن منصور . [انتهى .

وما رواه ابن منصور][3] هو معنى ما نسبه المنقح إلى نفسه . وإذاً فيكون منصوصاً على المسألة ويكون حق النقل فيها أن يكون التقييد مقدماً على الإطلاق . لكن صنيع صاحب « الفروع » يقتضي أن الأكثرين أطلقوا الكراهة وأن جماعة قيدوا هذا الإطلاق فقدم عبارة الأكثرين . والله أعلم .

(**وتصح**) الوصية (**ممن لا وارث له**) مطلقاً لا ممن له وارث ولو كان الوارث ذا رحم .

---

(١) أخرجه الترمذي في « جامعه » (٢١٢١) ٤ : ٤٣٤ كتاب الوصايا ، باب ما جاء لا وصية لوارث .
وأخرجه النسائي في « سننه » (٣٦٤٢) ٦ : ٢٤٧ كتاب الوصايا ، باب إبطال الوصية للوارث .
وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٧١٢) ٢ : ٩٠٥ كتاب الوصايا ، باب لا وصية لوارث .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٧٠٥) ٤ : ١٨٧ .

(٢) في أ : القرائب .

(٣) ساقط من أ .

وقيل : ومع[1] ذي الرحم .

(**بجميع ماله**) . ويروى ذلك عن ابن مسعود ؛ لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما شرع لحق الوارث . فإذا عدم وجب أن يزول المنع لزوال علته . أشبه حال الصحة .

قال في « الإنصاف » عن هذا : إنه المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه : لا يجوز لأحد أن يوصي ولو لم يكن له وارث بأكثر من الثلث . نص عليه في رواية ابن منصور ؛ لأن له من يعقل عنه . فلم تنفعه وصيته[2] بأكثر من الثلث ؛ كما لو كان له وارث .

(**فـ**) على المذهب (**لو ورثه**) أي ورث الموصي (**زوج أو زوجة وردها**) أي رد الزوج أو الزوجة الوصية (**بالكل**) أي بكل المال : (**بطلت**) الوصية (**في قدر فرضه**) أي فرض الراد (**من ثلثيه**) أي ثلثي المال . فمع كون الراد زوجاً تبطل في الثلث لأن له نصف الثلثين ، ومع كون الراد زوجة تبطل في السدس لأن لها ربع الثلثين . وذلك لأن الزوج والزوجة لا يرد عليهما . فلا يأخذان من المال أكثر من فرضيهما .

(**فيأخذ وصيٌّ الثلث ثم**) يأخذ (**ذو الفرض**) الذي هو الزوج أو الزوجة (**فرضه من ثلثيه**) أي ثلثي المال (**ثم يتمم**) الوصية للموصى له (**منهما**) أي من الثلثين ؛ لأن الزائد على فرض الزوج أو الزوجة من الثلثين . لا أولى[3] من الموصى[4] به . فجازت الوصية ؛ كما لو لم يكن للموصي وارث مطلقاً .

(**ولو وصى أحدهما**) أي أحد الزوجين بكل ماله (**للآخر**) ولا وارث له غيره : (**فله**) أي فللموصى له (**كله**) أي كل المال . فيأخذه جميعه حال كونه (**إرثاً ووصية**) .

---

(١) في أ : مع .
(٢) في أ : وصية .
(٣) في ج : لولي .
(٤) في أ و ب : الوصي .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب .

وعلى رواية أن الإنسان ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث سواء كان له وارث أو لم يكن : للموصى له ثلث المال بالوصية ثم فرضه من الباقي ، والبقية لبيت المال .

وقيل : لا تصح الوصية لأحد الزوجين ولو لم يكن له وارث غيره .

(**ويجب على من عليه حق بلا بينة ذكره .**

وتحرم) الوصية (**ممن يرثه غير زوج أو**) غير (**زوجة بزائد على الثلث لأجنبي ولوارث بشيء**) مطلقاً .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . نص عليه . انتهى .

وقيل : تكره ولا تحرم .

ولا فرق في ذلك بين وجود الوصية في حال صحة الموصي أو مرضه .

وعنه : أنها في حال صحته من كل مال . ونقله[1] حنبل .

أما كون الوصية تحرم لغير وارث بزائد على الثلث ؛ فـ « لقول النبي ﷺ لسعد حين قال : أوصي بمالي كله؟ قال : لا . قال : فالشطر . قال : لا . قال : الثلث . قال : الثلث والثلث كثير . إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم[2] عالة يتكففون الناس »[3] . متفق عليه .

وأما كونها تحرم للوارث بشيء ؛ فلما روى عمرو بن خارجة « أن النبي ﷺ خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهي تقصع بجرتها وإن لعابها يسيل بين كتفي . فسمعته يقول : إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه . فلا وصية لوارث »[4] . رواه الخمسة إلا النسائي .

---

(١) في ج : ونقل .

(٢) في ج : خيراً من أن تدعهم .

(٣) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٥٠٣٩) ٥ : ٢٠٤٧ كتاب النفقات ، باب النفقة على الأهل .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (١٦٢٨) ٣ : ١٢٥٣ كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث .

(٤) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٨٧٠) ٣ : ١١٤ كتاب الوصايا ، باب ما جاء في الوصية للوارث . =

وعن أبي أمامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »[1] رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي .

ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك وإمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك ؛ لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم . ففي حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم : أولى وأحرى .

(**وتصح**) هذه الوصية المحرمة (**وتقف على إجازة الورثة**) ؛ لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة »[2] .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا وصية لوارث إلا أن تجيز الورثة »[3] . رواهما الدارقطني .

قال في « المغني » : والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة . ولو خلا من الاستثناء كان معناه : لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا . انتهى .

وهذان الحديثان مخصصان لما تقدم من العموم .

ولأن المنع من ذلك إنما هو لحق الورثة . فإذا رضوا بإسقاطه جاز .

وما في المتن من كون الوصية صحيحة في نفسها هو المذهب .

= وأخرجه الترمذي في « جامعه » (٢١٢١) ٤ : ٤٣٤ كتاب الوصايا ، باب ما جاء لا وصية لوارث .
وأخرجه النسائي في « سننه » (٣٦٤٢) ٦ : ٢٤٧ كتاب الوصايا ، باب إبطال الوصية للوارث .
وأخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٧١٢) ٢ : ٩٠٥ كتاب الوصايا ، باب لا وصية لوارث .
وأخرجه أحمد في « مسنده » (١٧٧٠٥) ٤ : ١٨٧ .

(١) أخرجه أبو داود في « سننه » (٢٨٧٠) ٣ : ١١٤ كتاب الوصايا ، باب ما جاء في الوصية للوارث .
وأخرجه الترمذي في « جامعه » (٢١٢٠) ٤ : ٤٣٣ كتاب الوصايا ، باب ما جاء لا وصية لوارث .
وأخرجه ابن ماجة في « سننه » (٢٧١٣) ٢ : ٩٠٥ كتاب الوصايا ، باب لا وصية لوارث .

(٢) أخرجه الدارقطني في « سننه » (٩٤) ٤ : ٩٨ كتاب الفرائض .

(٣) أخرجه الدارقطني في « سننه » (٩٣) الموضع السابق .

قال في « المغني » : وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها ، وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرفٌ صدر من أهله في محله . فصح ؛ كما لو وصى لأجنبي . يعني بالثلث فأقل .

وقال في « الإنصاف » : إنه الصحيح من المذهب .

وعنه : أن الوصية باطلة .

قال في « الإنصاف » : واختاره بعض الأصحاب وهو وجه في « الفائق » في الأجنبي ورواية في الوارث . انتهى .

قال في « المغني » : وفائدة الخلاف : أن الوصية إذا[1] كانت صحيحة فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضة يكفي فيها قول الوارث : أجزت أو أمضيت أو نفذت . فإذا قال ذلك لزمت الوصية ، وإن كانت باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة . ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه . انتهى .

وإسقاط مريض دينه عن أجنبي أو وارث كوصيته له به .

(**ولو وصى**) من له ورثة (**لكل وارث**) منهم (**بمعين**) من المال (**بقدر إرثه** ، **أو**) وصى (**بوقف ثلثه على بعضهم**) أي بعض الورثة : (**صح**) ذلك (**مطلقاً**) أي سواء أجاز ذلك بقية الورثة أو لا ، وسواء كان في الصحة أو في حال المرض .

ومثال الأولى : لو كان لإنسان ابن وبنت لا يرثه غيرهما ، وله عبد قيمته مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بالعبد ولبنته بالجارية : فإن ذلك يصح من غير إجازة كل واحد منهما للآخر ؛ لأن حق الوارث في القدر لا في العين[2] . بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً جميع ماله بثمن مثله : فإن ذلك يصح ولو تضمن فوات عين جميع المال .

---

(١) في ج : إن .

(٢) في ج : المعنى .

وتقدم الخلاف فيما إذا عاوض المريض بعض ورثته بثمن المثل[1] .

وقيل : لا يصح أن يوصي لكل وارث بمعين بقدر إرثه إلا بإجازة بعضهم لبعض . وأما الثانية : وهي ما إذا أوصى بأن يكون ثلثه وقفاً على بعض ورثته .

قال[2] في « الإنصاف » : فإنه يصح على الصحيح من المذهب على ما تقدم في الهبة . وفيه قول اختاره المصنف بعدم الصحة . انتهى .

(**وكذا وقف زائد**) على الثلث (**إذا أُجيز**) : فإنه يُنفذ . لا إن لم يُجز (**ولوكان الوارث واحداً**) ؛ لأنه يملك رده إذا كان على غيره . فأحرى إذا كان على نفسه .

(**ومن لم يف ثلثه بوصاياه : أُدخل النقص على كلٍّ**) من الموصى له (**بقدر وصيته**) . حتى (**وإن**) كانت وصية بعضهم (**عتقاً**) ؛ لأنهم تساووا في الأصل وتفاوتوا في المقدار . فوجب أن يكون كذلك ؛ كمسائل العَوْل .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه الأصحاب .

وعنه : يقدم العتق ولو استوعب الثلث . انتهى .

فعلى الأولى : لو وصى لرجل بثلث ماله ، وللآخر بمائة ، ولثالث بمعين قيمته خمسون ، ولفداء أسير بثلاثين ، ولعمارة مسجد بعشرين . وكان ثلث ماله مائة . وبلغ جميع الوصايا ثلاثمائة : نسبت منها الثلث . فكان ثلثها . فيعطى كل واحد ثلث وصيته .

(**وإن أجازها**) أي أجاز الوصية المتوقفة على الإجازة (**ورثةٌ بلفظ إجازة**) كأجزتها (**أو إمضاء**) كأمضيتها (**أو تنفيذ**) كنفذتها . والمراد بعد موت الموصي .

وعنه : وقبله . وسيأتي في المتن التنبيه على ذلك .

(**لزمت**) الوصية المجازة بعد أن كانت موقوفة ـ قال بعض الأصحاب :

---

(١) ص (٣٣٢) .

(٢) في ج : قاله .

بغير خلاف ـ ؛ لأن الحق لهم . فلزمت بإجازتهم ؛ كما تبطل بردِّهم .

(**وهي**) أي الإجازة (**تنفيذ**) لما وصى به الموروث . لا ابتداء عطية ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [النساء : ١١] .

وعنه : أنها ابتداء عطية .

قال ابن رجب في فوائده الملتحقة بـ « قواعده » : إجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية ؟ في المسألة روايتان معروفتان . أشهرهما : أنها تنفيذ . وهذا الخلاف قيل : إنه مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الإجازة ؟ .

وقيل : بل هذا الخلاف مبني على القول بالوقف أم على البطلان . فلا معنى للتنفيذ[1] . وهو أشبه .

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة منها :

أنه لا يشترط لها شروط الهبة . وإلى ذلك أشير في المتن بقوله :

(**لا تثبت لها**) أي للإجازة[2] (**أحكام هبة . فلا يرجع أب**) وارث من الموصي (**أجاز**) وصية لابنه ؛ لأن الأب إنما يملك الرجوع فيما وهبه هو لابنه .

والإجازة تنفيذ لما وهبه غيره لابنه .

(**ولا يحنث بها**) أي بالإجازة (**من حلف لا يهب**) شيئاً فأجاز الوصية به[3] ؛ لأن الإجازة ليست بهبة .

(**وولاء عتق**) صادر من الموروث مفتقر إلى الإجازة سواء كان تنجيزاً ؛ كما لو أعتق[4] عبداً لا يملك غيره ثم مات . أو موصى به ؛ كما لو وصى بعتق

---

(١) في ج : للتقييد .
(٢) في ج : الإجازة .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في ج : عتق .

عبد لا يملك غيره فإن عِتق ثلثيه في المسألتين موقوف على إجازة الورثة . فإذا أجاز[1] الورثة عتق باقي هذا العبد في المسألتين أو نحوهما من كل عتق (**مُجاز**) : كان ولاؤه (**لموص تختص به عصبته**) ؛ لأن الإجازة تنفيذ لفعل الميت[2] .

(**وتلزم**) الإجازة (**بغير قبول**) من المجاز له .

قال في « الفوائد » : وإن قلنا هي هبة افتقرت إلى إيجاب وقبول . ذكره ابن عقيل وغيره . انتهى .

(**و**) تلزم أيضاً بغير (**قبض**) كبغير قبول .

وتلزم الإجازة (**ولو**) كانت (**من سفيه ومفلس**) . قاله في « الفروع » وقدمه في « الإنصاف » .

وكلامه في « المغني » يقتضي التفرقة بين المفلس والسفيه .

وعبارته : ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف . فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الإجازة منهم ؛ لأنها تبرع بالمال . فلم يصح منهم ؛ كالهبة .

وأما المحجور عليه لفلس فإن قلنا : الإجازة هبة لم تصح منه ؛ لأنه ليس له هبة[3] ماله . وإن قلنا : هي تنفيذ صحت . انتهى .

لكن تعليله بأن الإجازة تبرع بالمال فيه نظر على المذهب . والله أعلم .

(**و**) تلزم الإجازة (**مع كونه**) أي المجاز (**وقفاً على مجيزه**) . يعني وإن قلنا : لا يصح وقف الإنسان على نفسه ؛ لأن الوقف ليس منسوباً للمجيز ولا صادراً عنه . وإنما هو منفذ له .

---

(١) في ج : إجازة .
(٢) في أ : لفعل له لميت .
(٣) في أ : لهبة .

(و) تلزم الإجازة أيضاً (**مع جهالة المجاز**) . قاله في « المحرر » و« الفروع » .

قال شارح « المحرر » : ولا يشترط أن تكون معلومة له لأنها عطية غيره . انتهى .

قال ابن رجب في « فوائده » : وطريقة صاحب « المغني » أن الإجازة لا تصح بالمجهول . ولكن هل يُصدّق في دعوى الجهالة؟ على وجهين . ومن الأصحاب من قال : إن قلنا الإجازة تنفيذ : صحت بالمجهول ولا رجوع ، وإن قلنا هبة فوجهان . انتهى .

(**ويُزاحَم**) بالبناء للمفعول فيما إذا أوصى لواحد بثلث ولآخر بزائد على الثلث (بـ) قدر (**مجاوز لثلثه الذي لم يجاوزه لقصده**) أي الموصي (**تفضليه ؛ كجعله الزائد لثالث**) .

قال ابن رجب : ومنها : أن ما جاوز الثلث من الوصايا إذا أجيز هل يزاحم بالزائد ما لم يجاوزه ؟ هو مبني على هذا الاختلاف . ذكره صاحب « المحرر » . وأشكل توجيهه على الأصحاب . وهو واضح . فإنه إذا كانت معنا وصيتان إحداهما مجاوزة للثلث والأخرى لا تجاوزه كنصف وثلث ، وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة : فإن قلنا الإجازة تنفيذ زاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل . فيقسم الثلث بينهما على خمسة : لصاحب[1] النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمساه . ثم يكمل لصاحب النصف نصفه بالإجازة . وإن قلنا الإجازة عطية فإنما يزاحمه بثلث خاصة . إذ الزيادة على عطية محضة من الورثة لم تتلف من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فيقسم الثلث بينهما نصفين ثم يكمل لأصحاب النصف ثلث بالإجازة . وهذا مبني على أن القول بأن الإجازة عطية أو تنفيذ مفرع على القول بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق . انتهى .

---

(١) في ج : صاحب .

قال في « الإنصـاف » بعد أن حكى كلام ابن رجب : وقد تكلم القاضي محب الدين ابن نصر الله البغدادي على هذه المسألة في كراسة بما لا طائل تحته . وما قاله ابن رجب : صحيح واضح .

وقال الزركشي : وقد يقال أن عدم المزاحمة إنما هو في الثلثين ؛ لأن الهبة تختص بهما والمجيز يشرك بينهما فيهما[1] . أما الثلث فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما . قلت : الذي يظهر أن هذا هو الصواب . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

وعبارة « المحرر » : ولو جاوز الثلث زاحم ما لم يجاوزه . قال شارحه : ومقتضى عبارته : أن لا يزاحم ما جاوز الثلث ما لم[2] يجاوزه - يعني في الثلث - مع الرد ونحوه وهذا لا قائل به ولو قال : زاحم بالزائد ما لم يجاوزه صح . انتهى .

ومن فوائد الخلاف أيضاً : ما نقله ابن رجب عن القاضي في « خلافه » أن الموصى له لو قبل الوصية المفتقرة إلى الإجازة قبل الإجازة ثم أجيزت : فإن قلنا الإجازة تنفيذ فالملك[3] ثابت له من حين قبوله ، وإن قلنا : عطية لم يثبت الملك إلا بعد الإجازة .

قال في « المحرر » : وفوائد هذا الأصل كثيرة ومع ذلك تعتبر إجازة المجيز في مرضه من ثلثه كالصحيح إذا حابى في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار تصير محاباته من الثلث .

فظاهر هذه العبارة وعبارة « الفروع » أن كون إجازة المريض من رأس ماله أو من الثلث ليس من فوائد الخلاف في كون الإجازة تنفيذ أو ابتداء عطية . فلهذا قلت :

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ج : لا .

(٣) في ج : فالمالك .

(**لكن لو أجاز مريض**) مرض الموت المخوف وصية بما يتوقف على الإجازة (**فمن ثلثه**) ؛ لأنه بالإجازة قد ترك حقاً مالياً كان يمكنه أن لا يتركه فاعتبر من ثلثه (**كمحاباة صحيح في بيع خيار له**[1]) يعني كما لو باع صحيح شيئاً يساوي مائة وخمسين بمائة بشرط الخيار له إلى شهر مثلاً (**ثم مرض**) البائع (**زمنه**) أي في الشهر المشروط لنفسه فيه الخيار ولم يختر فسخ البيع حتى مات ، فإن محاباته بالخمسين تعتبر من ثلثه . فإنه كان يمكنه عدم ترك القدر المحاباة به . فإنه لو فسخ البيع رجع ذلك إلى ورثته . فلما لم يفسخه صار كأنه اختار وصول ذلك إلى المشتري . فيكون من ثلثه ؛ كما لو أعطاه إياه في حال مرضه من غير بيع .

(**وإذن**) من مريض (**في قبض هبة**) وهبها وهو صحيح ؛ لأنها قبل القبض كان يمكنه الرجوع فيها . فلما أذن في قبضها صار كأنه استأنفها في حال مرضه . فاعتبرت من ثلثه .

(**لا خدمته**) أي لا إن استأجر صحيح إنساناً لخدمته مدة بشرط الخيار للأجير بأجرة حاباه الأجير[2] فيها بأن كانت ناقصة عن أجر[3] مثله ثم مرض زمن الخيار ولم يفسخ الإجارة حتى مات . فإن محاباة الأجير تكون من رأس ماله ؛ لأن تركه[4] اختيار الفسخ في الخدمة ليس بترك مال .

وجعل ابن رجب الإجازة في مرض الموت من فوائد الخلاف وعبارته : ومنها : لو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثه ، فإن قلنا إجازته عطية فهي معتبرة من ثلثه ، وإن قلنا تنفيذ فطريقان[5] :

أحدهما : القطع بأنها من الثلث أيضاً ، كذا قال القاضي في « خلافه » وصاحب « المحرر » . وشبَّهه بالصحيح إذا حابى في بيع له فيه خيار ثم مرض في

---

(١) ساقط من أ و ب .
(٢) ساقط من ب .
(٣) في ج : أجرة .
(٤) في ج : ترك .
(٥) في ج : فطريقتان .

مدة الخيار فإنه تصير محاباته من الثلث ؛ لأنه تَمَكَّن من استرداد ماله إليه فلم يفعل فقام ذلك مقام ابتداء إخراجه في المرض . ونظيره لو وهب الأب لولده شيئاً ثم مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه .

والطريق الثاني : أن المسالة على وجهين . وهي طريقة أبي الخطاب في « انتصاره » . وهما مُنَزَّلان على أصل الخلاف في حكم الإجازة . وقد يتنزلان على أن الملك هل ينتقل إلى الورثة في الموصى به أم تمنع الوصية الانتقال؟ وفيه وجهان :

فإن قلنا : تنتقل إليهم فالإجازة من الثلث ؛ لأنه إخراج مال مملوك . وإلا فهي من رأس المال ؛ لأنه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد في ملكه . وإنما تعلق به حق ملكه . بخلاف محاباة الصحيح إذا مرض فإن المال[1] كان على ملكه وهو قادر على استرجاعه . انتهى .

(**والاعتبار بكون من وصي له**) وصية (**أو وُهب له**) من قبل مريض هبة (**وارثاً أو لا عند الموت**) أي موت الموصي . فمن أوصى لأحد إخوته ثم حدث له ولد : صحت الوصية للموصى له ؛ لأنه عند الموت ليس بوارث . ومن أوصى لأخيه بشيء وللموصي ولد فمات قبله : وُقفت على إجازة بقية الورثة .

قال ابن رجب في القاعدة السابعة عشر بعد المائة : وحكى بعضهم خلافاً ضعيفاً أن الاعتبار بحال الوصية . انتهى .

فعلى المذهب : لو وصى رجل لأجنبية وأوصت له ثم تزوجها : وُقفت وصية كل منهما على الإجازة من ورثته .

وإن وصى إنسان لزوجته بشيء ثم طلقها : لم يفتقر ذلك إلى إجازة إلا في زائد على الثلث .

قال في « المغني » : إلا أنه إن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها ؛ لأنه متهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية .

---

(١) في ج : الملك .

فلم ينفذ لها ذلك ؛ كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث[١] . انتهى .

(و) الاعتبار (**بإجازة**) للوصية أو العطية من قبل الورثة (**أو رد**) منهم لأحدهما (**بعده**) أي بعد الموت ، وما قبل ذلك من رد أو إجازة لا عبرة به .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم وقدمه في « الفروع » وغيره .

وعنه : تصح إجازتهم قبل الموت في مرضه . خرجها القاضي أبو حازم من إذن الشفيع في الشراء .

قال في القاعدة الرابعة : بالعفو عن الشفعة . فخرجه المجد في « شرحه » على روايتين واختارها صاحب « الرعاية » والشيخ تقي الدين . انتهى .

(**ومن أجاز**) من الورثة هبة في المرض أو وصية ، وكان الموهوب أو الموصى به جزءاً (**مشاعاً**) كنصف وثلثين[٢] ونحوهما . (**ثم قال**) المجيز : (**إنما أجزت**) ذلك (**لأنني ظننته**) أي المال المخلف (**قليلاً**) ثم تبين[٣] لي أنه كثير : (**قُبل**) قوله في ذلك (**بيمينه**) ؛ لأن الغالب أن المجيز إنما يترك الاعتراض للموصى له في الوصية ، لأنه لا يرى المنازعة في ذلك القدر ويستخفه[٤] . فإذا ادعى أنه إنما أجاز لظنه قلة المال كان الظاهر معه فقد ادعى ممكناً (**فيرجع بما زاد على ظنه**) ؛ لأن ما هو في ظنه قد أجازه فلا اعتراض له فيه فبقي ما ليس في ظنه والأصل عدم علمه به . وإنما لزمه اليمين لتنتفي التهمة فلو كان المال ألفاً وظنه ثلاثمائة وكانت الوصية بالنصف فقد أجاز السدس وهو خمسون فهي جائزة عليه مع ثلث الألف . فيكون للموصى له ثلاثمائة وثلاثة

---

(١) في ج : ترثه .
(٢) في ج : وثلاثين .
(٣) في أ : يتبين .
(٤) في ب وج : ويستحقه .

وثمانون وثلث ؛ لأن ثلث المال لا اعتراض له فيه فيزاد ما هو مقر بإجازته عليه ويرجع ببقية النصف وهو مائة وستة عشر وثلثان .

وقيل : لا يقبل قوله ؛ لأنه رجوعٌ عن قول يلزمه به حق . فلم يقبل ؛ كالرجوع في الإقرار .

(**إلا أن يكون المال**) المخلف (**ظاهراً لا يخفى**) على المجيز ، (**أو تقوم بينة**) على المجيز (**بعلمه قدره**) : فلا يقبل قوله ، ولا يملك رجوعاً إلا فيما يملك الرجوع في مثله[1] في الهبة إذا قلنا إن الإجازة ابتداء عطية والمذهب خلافه .

(**وإن كان**) ما أجازه الوارث من عطيةٍ في المرض أو وصية (**عيناً**) كعبد وثوب معينين ، (**أو**) كان (**مبلغاً معلوماً**) كمائة درهم وعشرة دنانير وعشرة أوسق من بر أو نحوه ، (**وقال**) الوارث المجيز : إنما أجزت ذلك لأنني (**ظننت الباقي كثيراً** : **لم يقبل**) قوله في ذلك .

قال في « الإنصاف » : في أظهر الوجهين وهو المذهب . انتهى .

يعني أنه لا يملك في ذلك رجوعاً .

ووجهه : أنه أجاز قدراً من المال معلوماً . فلم يكن له الرجوع فيه ؛ كما لو وهبه .

وقال في « الفروع » : قال شيخنا : وإن قال ظننت قيمته ألفاً فبان أكثر : قُبل . وليس نقضاً[2] للحكم بصحة الإجازة ببينة أو إقرار . قال[3] : وإن أجاز وقال أردت أصل الوصية قُبل . انتهى .

* * *

---

(١) في ج : فيه في مثله .

(٢) في أ : نقصاً .

(٣) في ج : وقال .

(فصل) في حكم قبول الوصية وردها

وما يترتب على ذلك وغير ذلك . (**وما وُصِّيَ به لغير محصور**) كالفقراء والمساكين والمجاهدين في سبيل الله وبني هاشم ، (**أو مسجد ونحوه**) كثغر وخانقاة[1] ورباط وحج : (**لم يُشترط قبوله**) من النوع الموقوف عليه كالفقراء ونحوهم ؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر . وكذا من المسجد ونحوه فسقط . وعلى هذا تلزم الوصية بمجرد الموت .

(**وإلا**) أي وإن لم تكن الوصية على هذه الصفة بل كانت على آدمي معين : (**اشتُرط**) قبوله لها ؛ لأن الوصية في هذه الحالة تمليك مال لمعين يملك[2] . فاعتبر قبوله ؛ كالهبة والبيع .

قال أحمد : الهبة والوصية واحد . قاله في « المغني » و « الفروع » والزركشي وغيرهم .

وقال في « القواعد » : نص أحمد في مواضع على أنه لا يعتبر للوصية قبولٌ . فيملك الموصى له الموصى به قهراً ؛ كالميراث . وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد . انتهى .

ولا يتعين القبول باللفظ بل يجزىء ما قام مقامه[3] من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع .

قال في « الفروع » : وفي « المغني » وطؤه قبولٌ كرجعة وبيع خيار . انتهى .

---

(١) في ج : وخانكاة .

(٢) في ج : لمال لمعين يملكه .

(٣) في ج : مقام .

ويجوز القبول على الفور والتراخي .

(**ومحلُّه بعد الموت**) ؛ لأن الموصى له قبل ذلك لم يثبت له حق . وكذلك لا عبرة برده قبل الموت .

قال[1] في « الفروع » : لا قبول ولا رد لموصى له في حياة الموصي ، ولا رد بعد قبوله . وفيه وجه فيما كيل أو وزن .

وقيل : وغيره . انتهى .

(**ويثبت ملك موصى له من حينه**) أي من حين القبول بعد الموت .

قال في « المغني » : في الصحيح من المذهب . وهو قول مالك وأهل العراق ، وروي عن الشافعي . وذكر أبو الخطاب في المسألة وجهاً آخر : أنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي . وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ؛ كالهبة والبيع .

ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لأن الله تعالى قال : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [النساء : ١١] .

ولأن الإرث بعد الوصية ولا يبقى للميت لأنه صار جماداً لا يملك شيئاً .

وللشافعي قول ثالث غير مشهور : أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا .

قال : ولنا : أنه تمليك عين لمعين يفتقر إلى القبول . فلم يسبق الملك القبول ؛ كسائر العقود .

ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم[2] سببه .

---

(١) في ج : قاله .

(٢) في ج : يتقيد .

ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه[1] ولا شرطه .

ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل .

فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتي بشهر ، ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر .

قلنا : ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق .

ولو قال : إذا مت فأنت طالق قبله بشهر : لم يصح .

وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كمسألتنا . غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثَمَّ يسير لا يظهر له أثر . بخلاف مسألتنا .

وقولهم : إن الملك لا يثبت للوارث ممنوع . فإن الملك ينتقل إلى الوراث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع .

وقول الله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [النساء : ١١] قلنا : المراد به وصية مقبولة . بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكاً للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة .

ويحتمل أن يكون المراد بقوله : ﴿ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡنَۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ ﴾ [النساء : ١٢] . أي لكم ذلك مستقر . فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر . ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد[2] من الوصية . وإن سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكاً للميت كما إذا كان عليه دين .

وقولهم : لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مُؤْنة

(١) في ج : يتقيد بسببه .
(٢) في أ : أكثر .

تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه . ويجوز أن يتجدد له ملك في ديته إذا قتل ، وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه ، وتنفذ وصاياه ، ويجهز إن كان قبل تجهيزه . فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية . وامتناع انتقاله إلى الوصي[1] قبل تمام السبب . فإن رد الموصى له أو قبل انتقل[2] حينئذ . فإن قلنا بالأول وأنه ينتقل إلى الوارث : فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد إباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة[3] . فلو باع الموصى به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته . ولو كان الوارث ابناً للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لأجنبي . فإذا ماتت[4] انتقل الملك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ولا يعتق عليه . انتهى كلامه في « المغني » .

وعبارته في « الفروع » : ويملكه الوصي[5] ونماء منفصل منذ قَبِلَ . ذكر الشيخ أنه المذهب ونصره القاضي وأصحابه فهو قبله للورثة فيزكونه .

وقيل : للميت .

وقيل : منذ مات الموصي فيزكيه .

وعنه : نَتبيَّنه إذا قَبِله .

وعليه والذي قَبِله لو قبله وارثه كان ملكاً لموروثه ويثبت حكمه . انتهى .

ويتفرع على هذا الخلاف مسائل أشير إليها بقوله :

(**فلا يصح تصرفه**) أي تصرف الموصى له في العين الموصى بها (**قبْلَه**) أي قبْل القبول ، يعني أنه لو باع الموصى له العين الموصى بها أو أجرها أو وهبها أو

---

(١) في ج : الموصي .
(٢) في ج : انتقال .
(٣) في ج : الموهوبة .
(٤) في ج : مات .
(٥) في ج : الموصي .

كانت أمة فأعتقها أو زوجها أو نحو ذلك قبل قبوله للوصية : لم يصح شيء من ذلك ؛ لأنها ليست في ملكه إذاً .

(و) مما يتفرع على هذا الخلاف أيضاً أن (**ما حدث**) من العين الموصى بها بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له بها (**من نماء منفصل**) كالولد والثمرة والكسب : (**فللورثة**) أي ورثة الموصي ؛ لأن العين في ملكهم حينئذ .

(**ويتبع**) نماء (**متصل**) الأصل كما يتبع في العقود والفسوخ .

(**وإن كانت**) الوصية (**بأمة فأحبلها وارث قبله**) أي قبل القبول وولدت[1] منه : (**صارت أم ولده**) لوجود ملكه فيها (**وولده حر**) ؛ لأنها أتت به من وطء في ملكه .

(و) حينئذ (**لا يلزمه**) من أجل ذلك (**سوى قيمتها للوصي**) أي للموصى له بها إذا قبلها بعد ذلك ؛ (**كما لو أتلفها**) . وإنما وجبت له قيمتها بإتلافها قبل دخولها في ملكه بالقبول إذا قبلها بعد ذلك ؛ لثبوت حق التملك له فيها بموت الموصي .

ولو وصى لرجل بأرض فبنى الوارث فيها وغرست قبل القبول ، ثم قبل من وصى له بها .

قال في « الإنصاف » : ففي « الإرشاد » إن كان الوارث عالماً بالوصية قلع بناؤه وغراسه مجاناً ، وإن كان جاهلاً فعلى وجهين .

قال في « القواعد » : وهو متجه على القول بالملك بالموت . أما إن قيل هي قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً يتملك بقيمته . قلت : وهذا[2] الصواب . انتهى .

فإن قيل : فكيف قضيتم بكونها أم ولد وهي لا تعتق بإعتاقها ؟ .

---

(١) في ج : فولدت .

(٢) في ج : وهو .

قلنا : الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والشريك المعسر وإن لم ينفذ إعتاقهم .

(**وإن وُصي**) بالبناء للمفعول (**له**) أي لإنسان حر (**بزوجته**) الأمة (**فأحبلها وولدت قبله**) أي قبل القبول : (**لم تصر أم ولد**) لزوجها الموصى له بها ؛ لأنها لم تكن في ملكه حين إحبالها . (**وولده**) الذي حملت به قبل قبولها (**رقيق**) ؛ لأنه من مملوكة لغيره دخل على أن ولده منها رقيق . ليخرج بذلك ما لو وطئها بشبهة وما لو اشترط في ابتداء نكاحها حرية أولاده[1] منها .

(**و**) إن وُصي لإنسان حر (**بأبيه**) الرقيق (**فمات**) الموصى له بعد موت الموصي (**وقبل قبوله**) للوصية (**فقبل ابنه**) أي ابن الموصى له بأبيه الوصية بجده : (**عتق موصى به**) أي جد القابل (**حينئذ**) أي حين إذ[2] قبل الوصية به ابن ابنه ؛ لوجود ملكه إذن . (**ولم يرث**) الجد الموصى به من ابنه الميت أبي[3] القابل شيئاً ؛ لأن حريته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره .

ومما يتفرع على الخلاف أيضاً : لو كان الموصى به ابن أخ للموصى له وقد مات بعد موت الموصي فقبل ابنه : لم يعتق عليه ابن عمه ؛ لأن القابل إنما تلقى الوصية من جهة الموصي لا من جهة أبيه ، ولم يثبت لأبيه ملك في الموصى به .

وكذا لا تقضى ديون موصى له مات بعد موت موصي وقبل قبول من وصية قَبِلها وارثُه .

وعلى القول[4] بأن ملك الموصى به ينتقل إلى الموصى له بموت الموصي ،

---

(١) في ج : أولاد .

(٢) في ج : إذا .

(٣) في أ و ب : أب .

(٤) في ج : القبول .

وعلى الرواية بأن الموصى له إذا قبل الموصى به : نتبين[1] أنه كان ملكه من حين موت[2] الموصي : تنعكس هذه الأحكام .

(**وعلى وارث ضمانُ عين حاضرةٍ**) حيث كان الوارث : (**يتمكن من قبضها بمجرد موت مُورِّثه**) **إن تلفت** . ومعنى ذلك أن ما يتلف من التركة التي هي عين حاضرة يتمكن الورثة من قبضها فهو عليهم ولا ينقص به ثلث أوصى به .

قال ابن رجب في القاعدة الحادية والخمسين : فأما ما ملك[3] بغير عقد : فنوعان :

أحدهما : الملك القهري ؛ كالميراث . وفي ضمانه وجهان :

أحدهما : أنه يستقر على الورثة بالموت إذا كان المال عيناً حاضرة يتمكن من قبضها .

قال أحمد في رواية ابن منصور : في رجل ترك مائتي دينار وعبداً قيمته مائة ، وأوصى لرجل بالعبد . فسرقت الدنانير بعد موت الرجل : وجب العبد للموصى له وذهبت دنانير الورثة .

وهكذا ذكر الخرقي وأكثر الأصحاب ؛ لأن ملكهم استقر بثبوت سببه . إذ هو لا يخشى انفساخه . ولا رجوع لهم بالبدل على أحد . فأشبه ما في يد المودَع ونحوه . بخلاف المملوك بالعقود ؛ لأنه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه ، أو يرجع ببدله . فلذلك[4] اعتبر له القبض . وأيضاً فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض فالميراث أولى .

وقال القاضي وابن عقيل في كتاب العتق : لا يدخل في ضمانهم بدون القبض؛ لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا به ، فأشبه الدين والغائب ونحوهما مما لم يتمكنوا من قبضه . فعلى هذا إن زادت التركة قبل القبض فالزيادة للورثة ،

---

(١) في ج : تبين .
(٢) في ج : مات .
(٣) في ج : فأما ملك .
(٤) في ج : فكذلك .

وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم وكانت التركة ما بقي بعد النقص . حتى لو تلف المال كله سوى القدر الموصى به صار هو التركة . ولم يكن للموصى له سوى ثلثه . إلا أن يقال[١] : إن الموصى له يملك الوصية بالموت بمجرده أو مراعاً بالقبول : فلا تزاحمه الورثة ؛ لأن ملكه سبب استحقاقهم لمزاحمته بالنقص . فيختص به ؛ كما لو لم يتلف المال إلا بعد قبوله . وعلى ذلك خرَّج صاحب « الترغيب » وغيره كلام أحمد في رواية ابن منصور .

والأول[٢] أصح لأن الموصى له تمكن من أخذ العين الموصى بها مع حضور التركة ، والتمكن من قبضها بغير خلاف .

ولو لم يدخل في ضمانهم[٣] إلا بالقبض لم يمكن أن يأخذ من العين أكثر من ثلثها . ويوقف قبض الباقي على قبض الورثة . فكلما قبضوا شيئاً أخذ من العين بقدر ثلثه كما لو كانت التركة ديناً أو غائباً لا يتمكن من قبضه . انتهى كلام ابن رجب .

قال في « الإنصاف » بعد أن حكى رواية ابن منصور : وهكذا ذكره الخرقي وأكثر الأصحاب . انتهى .

و (**لا**) يكون على وراث (**سقي ثمرة موصى بها**) ؛ لأنه لم يضمن تسليم هذه الثمرة إلى الموصى له . بخلاف البيع . قاله في « عيون المسائل » واقتصر عليه في « الفروع » .

(**وإن مات موصى له**) بشيء (**قبل موصي : بطلت**) الوصية ؛ لأنها عطية صادفت المعطى ميتاً . فلم تصح ؛ كما لو وهب ميتاً .

(**لا إن كانت**) الوصية (**بقضاء دينه**) أي دين الذي مات قبل موت الموصي . فإنها لا تبطل ؛ لأن تفريغ ذمة المدين بعد موته[٤] . كتفريغها قبله

---

(١) في ج : يقول .
(٢) في ج : والأولى .
(٣) في ج : ضمانه .
(٤) في أ : موتها .

لوجود الشغل في الحالين كما لو كان حياً . ذكره الحارثي واقتصر عليه في « الإنصاف » .

(**وإن ردها**) أي رد الموصى له الوصية (**بعد موته**) أي موت الموصي . (**فإن كان**) رده (**بعد قبوله**) للوصية : (**لم يصح الرد مطلقاً**) أي سواء قبضها أو لم يقبضها ، وسواء كانت مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما .

قال في « الفروع » : ولا رد بعد قبوله وفيه وجه فيما كيل أو وُزن .

وقيل : وغيره . انتهى .

قال في « الإنصاف » : لو ردها بعد قبوله وقبل القبض : لم يصح الرد مطلقاً على الصحيح من المذهب . انتهى .

ووجه ذلك : أن الموصى به دخل في ملك الموصى له بمجرد قبوله للوصية . فلم يملك رده ؛ كرده لسائر ملاكه .

(**وإلا**) أي وإن لم يكن الراد للوصية قد قبلها : (**بطلت**) .

قال في « المغني » : لا نعلم فيه اختلافاً ؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه . فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع .

ويحصل الرد بقوله : رددت الوصية ، وقوله : لا أقبلها ، وما أدى هذا المعنى .

قال أحمد : إذا أوصى لرجل بألف فقال : لا أقبلها : فهي لورثته[1] .

قال في « المغني » : يعني لورثة الموصي .

وقال أيضاً : وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصية تبطل بالرد وترجع إلى التركة فيكون للورَّاث[2] جميعهم ؛ لأن الأصل ثبوت الحق لهم . وإنما خرج بالوصية . فإذا بطلت الوصية رجع إلى ما كان عليه . كأنَّ الوصية لم توجد .

---

(١) في ج : للورثة .

(٢) في أ و ب : للوارث .

ولو عين بالرد واحداً وقصد تخصيصه بالمردود : لم يكن له ذلك وكان لجميعهم ؛ لأن رده امتناع من تملكه . فيبقى على ما كان عليه .

ولأنه لا يملك دفعه إلى أجنبي فلم يملك دفعه إلى وارث يخصه به .

وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به واحداً من الورثة ؛ لأنه ابتداء هبة . ويملك أن يدفعه إلى أجنبي فملك دفعه إلى وارث . فلو قال : رددت هذه الوصية لفلان . قيل له : ما أردت بقولك لفلان ؟. فإن قال : أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها : اختص بها . وإن قال : أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان : عادت إلى جميعهم إذا قبلوها . فإن قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصته منها . انتهى .

(**وإن امتنع**) موصى له بعد موت الموصي (**من قبول ورد**) للوصية : (**حكم عليه بالرد وسقط حقه**) من الوصية . قاله في « الكافي » وجزم به الحارثي وابن رجب في القاعدة العاشرة بعد المائة .

وقال في « الفروع » : وإن لم يقبل فكمُتَحَجِّر مَوَاتاً . ثم قال : وإن طلبه وارث بأحدهما وأبى حُكم عليه برد[1] .

وقيل : تنتقل بلا قبول كخيار . انتهى .

(**وإن مات**) الموصى له (**بعده**) أي بعد موت الموصي (**وقبل رد**) للوصية[2] ، (**و**) قبل (**قبول**) لها : (**قام وارثه**) أي وارث الموصى له (**مقامه**) في رد وقبول .

قال في « المقنع » : ذكره الخرقي .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب نص عليه في رواية صالح . قاله[3]

---

(١) في ج : برده .
(٢) في ج : الوصية .
(٣) في ج : قال .

المجد واختاره المصنف والشارح وغيرهما وجزم به في « الوجيز » وغيره . انتهى .

وعنه : تبطل الوصية .

قال في « المحرر » : ونقل عبد الله وابن منصور : تبطل الوصية .

قال في « الفروع » بعد أن قدم المذهب : وعنه تبطل . نصره القاضي وأصحابه .

ووجه المذهب : أن القبول حقٌّ ثبت للموروث فينتقل إلى الوارث بعد موته ؛ لقوله ﷺ : « من ترك حقاً فلورثته »[1] . وكخيار العيب . ثم إن كان الوارث جماعة اعتبر الرد والقبول من جميعهم ، وإن رد بعض وقبل بعض ترتب على كل منهما حكمه . وإن كان فيهم من هو محجور عليه تقيد وليّه بفعل الأحظ .

* * *

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٢٦٨) ٢ : ٨٤٥ كتاب الاستقراض ، باب الصلاة على من ترك ديناً ، بلفظ « من ترك مالاً فلورثته » . عن أبي هريرة .

(فصل) في أحكام الرجوع في الوصية

وما يحصل به الرجوع وغير ذلك .

(**وإن قال موص**) لغيره بشيء : (**رجعت في وصيتي ، أو**) قال : (**أبطلتها ونحوه**) كردِّيتها وغيَّرتها وفسختها : (**بطلت**) .

قال في « المغني » : أجمع أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به ، وفي بعضه . إلا الوصية بالعتق . والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً . روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال : « يُغيِّر الرجل ما شاء من وصيته »[1] . وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور .

وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي : يغيّر منها ما شاء إلا العتق ؛ لأنه إعتاق بعد الموت . فلم يملك تغييره ؛ كالتدبير .

ولنا : أنها وصية . فملك الرجوع عنها ؛ كغير العتق .

ولأنها[2] عطية تتنجز بالموت . فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها ؛ كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه .

وفارق التدبير فإنه تعليقٌ على شرط . فلم يملك تغييره ؛ كتعليقه على صفة في الحياة . انتهى .

(**وإن قال**) موص (**في موصى به : هذا لورثتي**) أو في ميراثي ، (**أو**) قال : (**ما وصيت به لزيد فلعمرو : فرجوع**) ؛ لأن قوله لورثتي أو في ميراثي ينافي كونه وصية .

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٦ : ٢٨١ كتاب الوصايا ، باب الرجوع في الوصية وتغييرها .

(٢) في ج : لأنها .

ولأن قوله : ما وصيت به لزيد فلعمرو تصريح بالرجوع عن الأول ، أشبه ما لو قال : رجعت عن وصيتي لزيد وأوصيت لعمرو .

(**وإن**) وصى لإنسان بشيء ثم (**وصى به لآخر ولم يقل ذلك**) أي ولم يقل ما وصيت به لفلان فهو لفلان : (**فـ**) الموصى به (**بينهما**) أي بين الموصى له به أوَّلاً وبين الموصى له به ثانياً ؛ كما لو جمع بينهما في الوصية .

قال في « الفروع » : ولو أوصى به لعمرو ولم يرجع فبينهما .

وقيل : للثاني .

ونقل[1] الأثرم : يؤخذ بآخر الوصية ، وفي « التبصرة » للأول . انتهى .

(**و**) على المذهب (**من مات منهما**) أي من الموصى له بشيء أوَّلاً والموصى له به ثانياً (**قبل**) موت (**موص**) وتأخر الآخر عن[2] موت الموصي وقَبِل الوصية ، (**أو**) تأخر موتهما عن موت الموصي و (**رد**) أحدهما الوصية (**بعد موته**) أي الموصي وقبل الآخر : (**كان الكل**) أي كل الموصى به[3] (**للآخر**) الذي قَبِل الوصية . دون صاحبه بعد[4] موت الموصي .

قال في « الإنصاف » : قاله الأصحاب .

(**لأنه اشتراك تزاحم**) ؛ كما لو أوصى لكل واحد من اثنين بجميع ماله ومات أحدهما قبل موت الموصي ، أو رد وقبل الآخر وأجيزت له الوصية : فإنه يأخذ جميع المال .

وإن وصى بثلثه ثم بثلثه لآخر .

قال في « الفروع » : فمتغايران . وفي الرد يقسم الثلث بينهما . انتهى .

(**وإن باعه**) أي باع الموصي الشيء الموصى به ، (**أو وهبه** ، **أو رهنه** ، **أو**

---

(١) في ج : ونقله .
(٢) في ج : من .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في ج : قبل .

أوجبه في بيع ، أو هبة) بأن قال لإنسان : بعتكه أو وهبتكه . **(ولم يقبل)** من قيل له ذلك **(فيهما)** أي في صورة إيجاب البيع أو إيجاب الهبة . **(أو عرضه لهما)** أي للبيع والهبة . **(أو وصى ببيعه أو عتقه)** أي عتق ما وصى به لإنسان من رقيقه بأن قال : أعطوه لزيد ثم قال : اعتقوه ، أو ثم قال : هبوه لمن شئتم . وإلى ذلك أشير بقوله :

(أو هِبَتِهِ ، أو حرَّمه عليه) أي على الموصى له به بأن يوصي الإنسان بشيء ثم يقول : هو حرام عليه .

(أو كاتبه) أي كاتب الذي أوصى به ، **(أو دبره ، أو)** كان الموصى به زيتاً أو قمحاً أو نحوهما فـ**(خلطه بما لا يتميز)** منه .

(ولو) كان الموصى به **(صُبْرة)** فخلطها **(بغيرها أو أزال اسمه)** ؛ كما لو قال : أوصيت[1] لزيد بهذه الغرارة الحنطة **(فطحن الحنطة)** فصار اسمها دقيقاً .

(أو) قال أوصيت[2] لزيد بهذه الغرارة الدقيق فـ**(خبز الدقيق)** فصار يسمى خبزاً .

(أو) بهذا الخبز فـ**(جعل الخبز فتيتاً)** .

أو) وصى لإنسان بشيء من غزل فـ**(نسج الغزل)** فصار يسمى ثوباً .

وقس على ذلك قوله : **(أو عمل الثوب قميصاً أو ضرب النقرة دراهم أو ذبح الشاة أو بنى)** الحجر أو الآجر الموصى به فصار حائطاً أو داراً أو نحو ذلك ،

(أو غرس) نوى موصى به فصار شجراً ، **(أو نجر الخشبة)** الموصى بها فصارت **(باباً)** ، أو كرسياً أو دولاباً أو نحو ذلك ، **(أو أعاد داراً انهدمت ، أو جعلها حماماً أو نحوه)** ، أو كان سفينة فتكسرت وصار اسمها خشباً : **(فرجوع)** في الجميع .

---

(١) في ج : وصيت .

(٢) مثل السابق .

أما إذا باع الموصى به أو وهبه أو تصدق به أو نحو ذلك ؛ فلأنه إزالة ملك وذلك ينافي الوصية .

وأما الرهن : فلأنه[1] يراد للبيع .

وأما تعريضه بشيء[2] من ذلك وإيجابه وإن لم يقع القبول ؛ فلأن ذلك دليل على اختيار الرجوع .

وأما وصيته ببيعه أو إعتاقه ونحوهما[3] ؛ فلكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى .

وأما تحريمه[4] على الموصى له ؛ فلأن الوصية له لو بقي حكمها لم يحرم عليه . ذكر مسألة التحريم في « الكافي » واقتصر عليه الحارثي ونصره ، نقله في « الإنصاف » .

وأما كون كلٍّ من الكتابة والتدبير يحصل به الرجوع ؛ فلأن الكتابة بيعٌ ، والتدبير أقوى من الوصية لأنه يتنجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له .

وأما كون خلطه بما لا يتميز رجوعاً ؛ فلأنه يتعذر بذلك تسليمه .

وأما كون إزالة اسم الموصى به تكون رجوعاً ؛ فلأنه لم يبق الاسم متناولاً له .

وإن كان انهدام الدار لم يُزل اسمها سُلِّمت إليه .

ويأتي في المتن حكم المنهدم منها .

(**لا إن جحدها**) أي جحد الموصي الوصية . فإن ذلك لا يكون رجوعاً ؛ لأن الوصية عقد . فلا تبطل بالجُحود ؛ كسائر العقود .

---

(١) في ج : فإنه .
(٢) في ج : لشيء .
(٣) في ج : ونحوه .
(٤) في أ : تحرمه .

وقيل : بلى ؛ لأن جحدها يدل على عدم إرادة وصول الموصى به إلى الموصى له[1] .

(**أو آجر**) الموصي العين الموصى بها ، (**أو زوج**) الرقيق الموصى به ، (**أو زرع**) الأرض الموصى بها ، (**أو وطىء**) الأمة الموصى بها (**ولم تحمل**) من وطئه ، (**أو لبس**) الثوب الموصى به ، (**أو سكن موصى به**) من دار أو بستان أو بيت شعر أو نحو ذلك : فإن ذلك كله لا يكون رجوعاً ؛ لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم . ولم يمنع التسليم ؛ كما لو غسل الثوب الموصى به ، أو كنس الدار الموصى بها ، أو علّم الرقيق الموصى به صنعة .

وقيل : إن وطء الأمة الموصى بها رجوعٌ ؛ لأنه يعرضها للخروج عن[2] جواز النقل .

ورُدّ : بأن الوطء انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفضي إليه يقيناً . فأشبه لبس الثوب فإنه ربما أتلفه وليس برجوع .

(**أو وصى**) إنسان (**بثلث ماله فتلف**) ماله الذي كان يملكه[3] حين الوصية بإتلافه أو غيره .

(**أو باعه ثم ملك مالًا**) غيره : لم يكن إتلافه ولا بيعه رجوعاً في وصيته ؛ لأنها بجزء مشاع من المال الذي يملكه حين الموت فلم يؤثر ذلك فيها .

(**أو**) كانت الوصية (**بقفيز من صُبْرة فخلطها**) أي الصبرة (**ولو بخير منها**) مما لا يتميز منه : فإن ذلك لا يكون رجوعاً في الوصية ؛ لأن القفيز كان مشاعاً وبقي على إشاعته .

وقيل : إن خلط الصُّبْرة بخير منها كان رجوعاً ؛ لأنه لا يمكنه تسليم الموصى إلا بتسليم خير منه . ولا يجب على الوارث تسليم خير منه .

---

(١) في ج : إليه .
(٢) في ج : من .
(٣) في ج : يمكنه .

وأجيب : بأنه لا مانع من ذلك لأن خلطها بخير منها من فعل الموصي . أشبه ما لو صفى الصبرة من غش كان بها .

(**وزيادة موص في دار**) بعد وصيته بها (**للورثة**) ؛ لأن الزيادة لم توجد حين العقد . فلم تدخل في الوصية .

(**لا المنهدم**) من الدار قبل قبول الوصية فإنه يكون للموصى له[١] عند قبوله[٢] الوصية ؛ لأن المنهدم قد دخل في الوصية عند وجودها . فتبقى الوصية فيه ببقائه ؛ كما لو أوصى له بكتاب فانتقضت منه كراريس . فإنها تكون للموصى له بالكتاب .

وفي المسألة قولٌ أن الزيادة والمنهدم للورثة . وقولٌ أنهما للموصى له .

(**وإن وصى**) إنسان (**لزيد**) بشيء (**ثم قال**) الموصي (**إن قَدِم عمرو فله**) ما أوصيت به لزيد (**فقدم بعد موت موص : فلزيد**) أي فالموصى به لزيد دون عمرو ؛ لأن الموصي لما مات قبل قدوم عمرو انقطع[٣] حقه من الموصى به وانتقل إلى زيد ؛ لأنه لم يوجد إذ ذاك ما يمنعه . فلم[٤] يؤثر وجود الشرط بعد ذلك ؛ كما لو علق إنسان طلاقاً أو عتقاً على شيء فلم يوجد إلا بعد موته .

وقيل : بل يكون لعمرو .

وعلم مما تقدم أن عمراً لو قدم في حياة الموصي كان له .

قال في « الإنصاف » : بلا نزاع . انتهى .

ووجه ذلك : أنه جعله له بشرط قدومه . وقد وجد في حالة يعمل عمله فيها فعمل بمقتضاه .

ومتى كانت التبرعات في المرض أو الوصايا بزائد على الثلث ولم تُجز الورثة

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في ج : قبول .
(٣) في أ : وانقطع .
(٤) في أ : ولم .

الزائد تزاحمت في ثلث باقي المال بعد إخراج الواجب إن كان ؛ كالدين ونحوه .

وقد حكى القرطبي الإجماع على تقديم الدَّين على الوصية . إلا ما حكي عن أبي ثور أنه قدمها عليه . حكاه العبدري . والحكمة في تقديمها بالذكر في الآية أن الوصية لما أشبهت الميراث في كونها بلا عوض فكان في إخراجها مشقة على الوارث فقدمت حثًّا على إخراجها .

قال الزمخشري : ولذلك جيء بكلمة أو التي للتسوية ، أي فيستويان في الاهتمام وعدم التضييع . وإن كان مقدماً عليها .

وقال السهيلي : لما كانت الوصية طاعة وخيراً والدَّين غالباً لمنفعة وهو مذموم في غالب أحواله وقد تعوذ منه عليه السلام[1] فبدأ بالأفضل .

وقال ابن عطية : الوصية غالباً تكون لضعاف فقوى جانبها بالتقديم في الذكر ؛ لئلا يطمع ويتساهل فيها . بخلاف الدَّين .

ولما كان الواجب لا بد له من مُخرج أشير إلى تبيينه[2] بقوله :

(**ويُخرج وصي**) أوصي له أن يخرج الواجب . فإن لم يكن (**فوارث**) جائز التصرف . فإن لم يكن أو أبى الوارث إخراجه (**فحاكمٌ : الواجبَ**) مفعول يخرج .

(**ومنه**) أي من الواجب (**وصية بعتق في كفارة تخيير**) ككفارة اليمين (**من رأس المال**) متعلق بيخرج يعني أنه يجب إخراجه (**ولو لم يوص به**) ؛ لقوله

---

(١) عن أبي سعيد الخدري ، قال : « دخل رسول الله ﷺ ذات يوم المسجد فإذا هو برجل من الأنصار يقال له أبو أمامة فقال : يا أبا أمامة ! ما لي أراك جالسا في المسجد في غير وقت الصلاة ؟ قال : هموم لزمتني وديون يا رسول الله ، قال : أفلا أعلمك كلاماً إذا أنت قلته أذهب الله عز وجل همك وقضى عنك دينك ؟ قال : قلت : بلى يا رسول الله ! قال : قل إذا أصبحت وإذا أمسيت : اللهم ! إني أعوذ بك من الهم والحزن ، وأعوذ بك من العجز والكسل ، وأعوذ بك من الجبن والبخل ، وأعوذ بك من غلبة الدين وقهر الرجال . قال : ففعلت ذلك ، فأذهب الله عز وجل همي ، وقضى عني ديني » .
أخرجه أبو داود في « سننه » (١٥٥٥) ٢ : ٩٢ كتاب الوتر ، باب في الاستعاذة .

(٢) في أ : تبينه .

تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [النساء : ١١] وقوله تعالى : ﴿ مِّنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ ﴾ [النساء : ١٢] .

ودين الله كدين الآدمي ؛ لقوله ﷺ : « فدين الله أحق بالوفاء »[١] . رواه البخاري والنسائي .

وحكم إخراج الأجنبي زكاة أو نحوها عن الميت بإذن وصيه أو وارثه كإخراج الإذن .

(**فإن وصى**) الميت (**معه**) أي مع الوصية بإخراج[٢] الواجب أو مع ثبوت واجب عليه (**بتبرع**) من معين أو مشاع[٣] (**اعتبر الثلث**) الذي يخرج منه التبرعات (**من**) المال (**الباقي بعد**) إخراج الواجب . فلو كان المخلف أربعين وقد أوصى بثلث ماله وعليه دين عشرة فإنها تدفع أولاً ثم يدفع إلى الموصى له بثلث المال عشرة لأنها ثلث الباقي بعد الدين .

(**وإن قال**) من أوصى بتبرع وعليه واجب : (**أخرجوا الواجب من ثلثي : بُدىء**) بالبناء للمفعول (**به**) أي بإخراج الواجب من الثلث ؛ لأنه انفرد عن التبرع بمزية الوجوب . وفائدة ذلك مزاحمة الواجب لصاحب التبرع في **الثلث** .

وحيث أخرج الواجب من الثلث وفضل منه شيء (**فما فضل منه فلصاحب التبرع**) .

ومحل ذلك إن لم يفضل شيء عما أوصى له به ؛ كما لو وصى لإنسان بثلث ماله ثم قال : اخرجوا الواجب من ثلثي .

---

(١) أخرجه البخاري في « صحيحه » (١٧٥٤) ٢ : ٦٥٦ أبواب الإحصار وجزاء الصيد ، باب الحج والنذور عن الميت والرجل يحج عن المرأة .
وأخرجه النسائي في « سننه » (٢٦٣٢) ٥ : ١١٦ كتاب مناسك الحج ، الحج عن الميت الذي نذر أن يحج .

(٢) في ج : إخراج .

(٣) في ج : من مشاع .

(**وإلا**) أي وإن لم يفضل شيء من الثلث بعد إخراج الواجب منه : (**بطلت**) الوصية بالتبرع ؛ كما لو رجع عنها .

وعبارة « الفروع » في هذه المسألة : ويُخرج وصيه ثم وارثه لا حاكم في المنصوص ثم حاكم الواجب ؛ كحج وغيره . ومثله[1] وصيته بعتق في كفارة تخيير من رأس ماله ، وتبرعه من ثلث باقيه .

ونقل إبراهيم : في حج لم يوص به وزكاة[2] وكفارة : من الثلث .

ونقل عنه : من كله مع علم ورثته .

ونقل عنه : في زكاة من كله مع صدقة .

وعنه : تُقدم الزكاة على الحج .

ونقل ابن صدقة فيمن أوصت في مرضها لزوجها بمهرها : هذه وصية لوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة . قيل : فأوصت وهي صحيحة . [فقال : إن كانت صحيحة][3] جاز . قال الله تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ . . . ﴾ الآية [النساء : ٤] .

فإن أخرجه من لا ولاية له من ماله بإذن أجزأ وإلا فوجهان .

وفي « الخلاف » : وقد قيل له : لا يجوز إخراج الزكاة حياً بلا أمرِه فكذا[4] بعد موته كالأجنبي . فقال : لا نسلم أن الأجنبي لا يجوز إخراج الزكاة عنه بعد موته ؛ لقوله في رواية حنبل : لا يعجبني يأخذ دراهم ليحج بها إلا أن يكون متبرعاً بحج عن أبيه وأمه[5] وأخيه . وإن سلمنا ذلك فالمعنى في الأجنبي أنه لا يخلف الميت بخلاف الوارث[6] .

---

(١) في أ : لحج أو غيره ومنه .
(٢) في أ : زكاة .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في أ : قلنا .
(٥) ساقط من أ .
(٦) في أ و ب : للوارث .

فإن قال : أدوا الواجب من ثلثي .

وقيل : أو قال حجوا وتصدقوا[١] بدىء به ، فإن نَفَذَ[٢] ثلثه سقط تبرعه .

وقيل : يتزاحمان فيه وباقي[٣] الواجب من ثلثيه[٤] .

وقيل : من رأس ماله فيدخله الدور .

فلو كان المال ثلاثين[٥] والتبرع عشرة والواجب عشرة : جعلت تتمة الواجب شيئاً يكن[٦] الثلث عشرة إلا ثلث شيء بين الواجب والتبرع للواجب خمسة إلا سدس شيء فاضمم[٧] الشيء إليه يكون خمسة وخمسة أسداس شيء يعدل الواجب عشرة فيكون الشيء ستة للتبرع أربعة . وإن شئت خذ حصة الواجب من الثلث ثم انسب كلاًّ من حصة التبرع والورثة من الباقي فخذ منهم تتمة الواجب بقدر النسبة ، أو انسب تتمته من الباقي وخذ بقدرها . انتهت . وإنما سقتها لما فيها من الفوائد .

* * *

---

(١) في أ و ب : تصدقوا .

(٢) في ج : تعذر .

(٣) في ج : ويأتي .

(٤) في أ : ثلثه .

(٥) في أ : ثلثين .

(٦) في أ : يحبسن .

(٧) في أ : فأضم .

[باب : حكم الموصى له]

هذا (**باب**) حكم (**الموصى له**) ونحو ذلك .

(**تصح الوصية**) من كل من تصح وصيته (**لكل من يصح تمليكه : من مسلم وكافر**) .

قال في « التنقيح » : مطلقاً إن كان معيناً وإلا فلا . قطع به الحارثي وغيره . انتهى .

فلأجل ذلك قلت : (**معين**) .

وقوله مطلقاً : يشمل الكافر الحربي والمرتد فلأجل ذلك قلت : (**ولو مرتداً أو حربياً**) .

وعبارته في « الفروع » : تصح لمن يصح تمليكه[1] ولأهل الذمة . ذكره القاضي وغيره . والمذهب ولحربي كالهبة إجماعاً .

وفي « المنتخب » : تصح لأهل الذمة ودار الحرب . نقله ابن منصور . انتهى .

فالوصية لعامة النصارى أو نحوهم لا تصح على مقتضى ما ذكره الحارثي ومن تابعه . وتصح على ظاهر نقل ابن منصور وكلام القاضي . ولم يحك في « الإنصاف » ما نقله في « الفروع » عن القاضي . فيحتمل أنه لم يعدّه قولاً لحمله إطلاقه على ما قيده الحارثي . والله أعلم .

والأصل في جواز وصية[2] المسلم للذمي قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَفۡعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوۡلِيَآئِكُم مَّعۡرُوفٗاۚ ﴾ [الأحزاب : ٦] .

---

(١) في أ : تملكه .

(٢) في ج : في وصية .

قال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة : أن ذلك هو وصية المسلم لليهودي .

قال في « المغني » : وروي إجازة وصية المسلم للذمي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . انتهى .

قال في « الإنصاف » بعد أن ذكر أنه تصح وصية المسلم للذمي : بلا نزاع . وكذا الحربي[1] . نص عليه . والمرتد على الصحيح من المذهب . انتهى .

وفي المرتد وجه : لا تصح الوصية له بناء على زوال ملكه بردته . ذكره ابن رجب في الفائدة السادسة عشر .

قال في « الإنصاف » : وصحح الحارثي عدم البناء . انتهى .

وقال ابن أبي موسى : لا تصح لمرتد لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث . وفي الحربي أيضاً وجه : أنه لا تصح الوصية له . ذكره في « الرعاية » . وفصَّل الحارثي فقال : والصحيح من القول إنه إذا لم يتصف بالقتال والمظاهرة[2] صحت ، وإلا لم[3] تصح . نقله عنه في « الإنصاف » .

وقد استدل أبو حنيفة على عدم صحة الوصية للحربي بقوله تعالى : ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ . . . ﴾ إلى قوله : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ . . . ﴾ الآية [الممتحنة : ٨ـ٩] .

وأجاب عن ذلك في « المغني » بأن الآية حجة لنا فيمن لم يقاتل . فأما المقاتل فإنما نهى عن توليه لا عن بره والوصية له[4] . وإن احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة . ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة للحربي . والوصيةُ في معناه . انتهى جوابه في « المغني » .

---

(١) في أ : لحربي .
(٢) في أ : والمظاهر .
(٣) في ج : فلا .
(٤) في أ : لا عن برده والوصية .

قال في « المبدع » : ويستثنى من الوصية لكافر ما إذا أوصى له بمصحف أو عبد مسلم أو سلاح أو حد قذف فإنها لا تصح[١] . انتهى .

وأما إذا وصى لكافر بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي : بطلت الوصية .

وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول : بطلت أيضاً على الصحيح من المذهب من كون الملك لا يثبت إلا بالقبول ؛ لأنه لا يجوز أن يبتدىء الكافر ملكاً على مسلم . والله أعلم .

(و) تصح وصية الإنسان (**لمكاتبه ومكاتب وارثه كـ**) ما تصح لمكاتب (**أجنبي**) من الموصي ؛ لأن مكاتب الإنسان معه في المعاملات كالأجنبي . فكذا في الوصية . ولا فرق في ذلك بين أن يوصي له بجزء مشاع من ماله[٢] ؛ كثلثه وربعه . أو بشيء[٣] معين ؛ كالثوب والفرس ؛ لأن الورثة لا يستحقون المكاتب بموت مورثهم ولا يملكون ماله .

(و) تصح وصية الإنسان أيضاً (**لأم ولده**) ؛ لأنها حرة عند لزوم الوصية .

و (**كوصيته أن ثلث قريته**) أو ربعها أو نحو ذلك (**وقف عليها ما دامت على ولدها**) . نقله المروذي واقتصر عليه في « الفروع » . أي ما دامت حاضنة لولدها منه .

(**وإن شرط**) في وصيته (**عدم تزويجها ففعلت**) أي فوافقت على ذلك (**وأخذت الوصية ثم تزوجت : ردت ما أخذت**) ؛ لبطلان الوصية بفوات شرطها .

قال في « الإنصاف » : قدمه ابن رزين في « شرحه » بعد قول الخرقي[٤] : وإذا أوصى لعبده بجزء من ماله .

---

(١) في أ و ب : فإنه لا يصح .
(٢) في أ : مال .
(٣) في ج : نسي .
(٤) في أ : الحربي .

قال في « بدائع الفوائد » : قبل آخره[١] بقريب من كُرَّاسين : قال في رواية أبي الحارث : ولو دفع إليها مالاً ـ يعني إلى زوجته[٢] ـ على أن لا تتزوج بعد موته فتزوجت ترد المال إلى ورثته .

قال في « الفروع » في باب الشروط في النكاح : وإن أعطته مالاً على أن لا يتزوج عليها : رده إذا تزوج . ولو دفع إليها مالاً على أن لا تتزوج بعد موته فتزوجت : ردته[٣] إلى ورثته . نقله أبو الحارث . انتهى .

فقياس[٤] هذا النص أن أم ولده ترد ما أخذت من الوصية إذا تزوجت فتبطل الوصية بردها . وهو ظاهر ما اختاره الحارثي .

وقيل : لا تبطل كوصيته[٥] بعتق أمته[٦] على أن لا تتزوج فمات فقالت : لا أتزوج : عتقت .

فإذا تزوجت لم يبطل عتقها قولاً واحداً عند الأكثر .

وقال الحارثي : ويحتمل الرد إلى الرق وهو الأظهر ونصره وأطلقهما في « الفروع » و« المغني » و« الشرح » و« الرعاية الكبرى » والحارثي[٧] . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

والفرق بين الوصية والعتق أن العتق لا يمكن رفعه بخلاف الوصية .

(**و**) تصح وصية الإنسان أيضاً (**لمدبِّره**) ؛ لأنه يصير حرًّا عند لزوم الوصية . فصحت الوصية له ؛ كأم الولد .

(**فإن ضاق ثلثه**) أي ثلث المخلف (**عنه**) أي عن نفس المدبر (**وعن**

---

(١) في أ : أخذه .
(٢) في ج : لزوجته .
(٣) في أ : ترد المال .
(٤) في أ : قياس .
(٥) في أ : لوصية .
(٦) في ج : أمة .
(٧) ساقط من أ .

وصيته) أي الوصية له (بُدِىء) بالبناء للمفعول من الثلث (**بعتقه**) أي قدم عتقه[1] على الوصية له ؛ لأن عتقه أنفع له من الوصية .

وقال القاضي : يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما[2] عتق منه .

ورُدّ : بأنها وصية صحيحة لعبده . فيقدم عتقه على ما[3] يحصل له من المال ؛ كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله .

(**و**) تصح وصية الإنسان[4] (**لقنه**) أي لرقيقه الذي ليس بمدبر ولا مكاتب ولا أم ولد سواء كان ذكراً أو أنثى (**بمشاع**) من ماله (**كثلثه**) وربعه ونحوهما .

(**و**) تصح وصيته[5] لقنه أيضاً (**بنفسه ورقبته**) بأن يقول لقنه : أوصيت لك بنفسك أو برقبتك كما لو وصى له بعتقه .

(**ويعتق**) كله (**بقبوله إن خرج**) كله (**من ثلثه**) ؛ لأنه وصية لعبده بسدس[6] ماله مشاعاً أو نحو ذلك يدخل فيه نفس العبد فيملك الجزء الموصى به من نفسه بقبوله . فيعتق منه بقدره لتعذر ملكه لنفسه . ثم يسري العتق إلى[7] بقيته إن حمله الثلث كما لو أعتق بعض عبده بل أولى .

(**وإلا**) أي وإن لم يكن يخرج من الثلث إلا بعضه (**فـ**) يعتق منه (**بقدره**) أي بقدر ما يخرج من الثلث ؛ لأن الوصية في الزائد على الثلث لا تنفذ إلا بإجازة[8] الورثة ولم توجد . فلو كانت الوصية لقنه[9] بثلث المال وقيمته مائة وله سواه خمسون عتق منه نصفه .

---

(١) في أ : عتق .
(٢) في أ : بعد وما .
(٣) في أ : أن .
(٤) في ج : لإنسان .
(٥) في أ : وصصية .
(٦) في أ : لسدس .
(٧) في ج : على .
(٨) في أ : لمجازة .
(٩) في ج : بقنه .

(**وإن كانت**) الوصية (**به**) أي بالثلث (**وفضل شيء**) من الثلث بعد عتقه : (**أخذه**) الموصى له ؛ كما لو كانت قيمته مائة وله سواه خمسمائة فإنه يعتق ويأخذ مائة ؛ لأن ما يأخذه تمام الثلث الموصى له به .

وإن أوصى له بربع المال وقيمته مائة وله سواه ثمانمائة : عتق وأعطي مائة وخمسة وعشرين تمام الربع .

وفي « المحرر » : ويتخرج أن يعطى مائتين[1] تكميلاً لعتقه بالسراية من تتمة الثلث . انتهى .

قال شارحه : لأنه قد أوصى[2] له بربع نفسه فعتق بالوصية . ويسري الباقي على المعتق من بقية ثلثه . فقد عتق منه بالوصية خمسة وعشرون وله تمام الربع مائتان . ولا اعتراض للورثة فيه لخروجه من الثلث لأن عتقه جميعه ووصيته ثلث المال وهو ثلاثمائة[3] ، ويبقى لهم ستمائة وهي ثلثاه[4] . انتهى .

وإن كانت الوصية لقنه بجزء منه كثلثه وربعه وخرج كله من الثلث : عتق ما وصى له به من نفسه .

وفي بقيته روايتان .

ولا تصح الوصية لقن نفسه (**لا بمعين**) لا يدخل فيه الموصى له ؛ كالثوب والدار والفرس وقن سواه ومائة من ماله ؛ لأنه إذا لم يدخل منه شيء فيما وصى له به : لم يعتق منه شيء .

وإذا لم يعتق منه شيء فإنه يؤول إلى الورثة ، ويكون[5] ما وصى له به لهم . فيصير كأن الميت وصى لورثته بما يرثونه[6] . فتلغو الوصية لعدم فائدة تترتب عليها.

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : لأنه أوصى .

(٣) في أ : ثلاث ثلاثمائة .

(٤) في ج : ثلثان .

(٥) في أ : يكون .

(٦) في ج : ما يرثون .

قال في « الإنصاف » : وإن وصى له بمعين أو بمائة لم يصح هذا المذهب . قاله في « الفروع » وغيره . وصححه المصنف والشارح وغيرهما .

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايات .

قال ابن رجب : أشهر الروايتين عدم الصحة . جزم به في « الوجيز » وغيره . انتهى .

وعنه : تصح كالمشاع .

قال في الفوائد الملتحقة بـ« القواعد » : ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية بقدر المعين أو المقدر من التركة لا بعينه فتعود إلى الجزء المشاع . قال(١) : وهو بعيد جداً . انتهى .

وعليها ما ذكره في « الكافي » أنه يشتري العبد من الوصية فيعتق وما بقي فهو له .

قال الزركشي : محافظة على تصحيح كلام المكلف ما أمكن . إذ تصحيح الوصية يستلزم ذلك . وبنى الشيرازي الخلاف على تمليكه . ثم قال : وعلى(٢) رواية الصحة تدفع المائة إليه . فإن باعه الورثة بعد ذلك فالمائة لهم .

قال في « الرعاية » : إن لم يشترطها المبتاع .

وعنه : تصح ويعطى ثلث المعين إن خرج معه من الثلث .

وعنه : منعها لِقِنِّ زمنها . ذكره ابن عقيل .

(**ولا**) تصح وصية الإنسان (**لقن**) إنسان (**غيره**) ؛ لأنه لا يملك على المذهب .

قال في « التنقيح » : وتصح لعبد غيره إن قلنا يملك ، وإلا فلا . انتهى .

وهذا مخالف لكلامه في « الإنصاف » وعبارته قوله : وتصح لعبد غيره .

---

(١) ساقط من ب .

(٢) في أ : قالوا على .

هذا المذهب وعليه الأصحاب . ثم قال[1] : ظاهر كلام المصنف صحة الوصية له سواء قلنا يملك أو لا يملك . وصرح به[2] ابن الزاغوني في « الواضح » . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . والذي قدمه في « الفروع » : أنها لا تصح إلا إذا قلنا يملك . انتهى .

ووجه عدم الصحة : أنه إذا لم يملك لم يصح تمليكه . أشبه ما لو وصى لحجر أو بهيمة .

والمذهب ما في « التنقيح » لقوله في خطبته : فإذا وجدتَ في هذا الكتاب لفظاً أو حكماً مخالفاً لأصله أو غيره فاعتمده فإنه وُضع عن تحرير .

وعلى القول بصحة الوصية وإن لم يملك فإنها تكون لسيده بقبول القن .

قال في « المغني » : ولا يفتقر في القبول إلى إذن السيد ؛ لأنه كسبٌ . فصحَّ من غير إذن سيده ؛ كالاحتطاب . انتهى .

وعلى هذا أيضاً يستثنى منه قن الوارث ؛ لأن الوصية له وصية للوارث[3] . ويستثنى منه أيضاً : أن لا يقتل[4] سيدَه الموصي بعد الوصية فإنها حينئذ تكون وصية[5] لقاتله .

(**ولا**) تصح الوصية (**لحمل**) مشكوك في وجوده حينها . بدليل قوله : (**إلا إذا عُلم وجوده حينها**) وذلك (**بأن تضعه**) أمه (**حيًّا لأقل من أربع سنين**) من حين الوصية (**إن لم تكن**) الأم (**فراشاً**) لزوج أو سيد . (**أو**) لأقل (**من ستة أشهر**) سواء كانت فراشاً أو لم تكن (**من حينها**) أي الوصية .

(**وكذا**) الحكم (**لو وُصي به**) أي بالحمل ؛ كما لو قال : أوصيت بما في

---

(١) في أ : قاله .
(٢) ساقط من أ .
(٣) في ج : لوارث .
(٤) في أ وج : يقبل .
(٥) في ج : وصيته .

بطن هذه الأمة أو هذه الفرس ونحو ذلك : فإنها لا تصح إلا إذا علم وجوده حين الوصية .

قال ابن رجب في القاعدة الرابعة والثمانين[١] : الحمل هل له حكم قبل انفصاله أم لا؟ حكى القاضي وابن عقيل وغيرهما في المسألة روايتين . قالوا : والصحيح من المذهب أن له حكماً . وهذا الكلام على إطلاقه قد[٢] يستشكل . فإن الحمل قد يتعلق به أحكام كثيرة ثابتة بالاتفاق ؛ مثل عزل الميراث له ، وصحة الوصية له ، ووجوب الغرة بقتله ، وتأخير إقامة الحد واستيفاء القصاص من أمه حتى تضعه ، وإباحة الفطر لها إذا خشيت[٣] عليه ، ووجوب النفقة لها[٤] إذا كانت بائناً ، وإباحة طلاقها وإن كانت موطوءة في ذلك الطهر قبل ظهوره . . . إلى غير ذلك من الأحكام . ولم يريدوا إدخال [مثل] هذه الأحكام في محل الروايتين . وفصْل القول في ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان :

أحدهما : [ما] يتعلق بسبب الحمل بغيره[٥] فهذا ثابت بالاتفاق ؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الأسباب الظاهرة . فإذا ظهرت أمارات الحمل كان وجوده هو الظاهر . فيترتب عليه أحكامه في الظاهر . ثم إن خرج حياً تبينًّا ثبوت تلك الأحكام في الباطن ، وإن بان أنه لم يكن حياً أو خرج ميتاً تبينًّا فساد ما يتعلق من الأحكام به ، أو بحياته كإرثه ووصيته . [اهـ] .

ثم لما فصَّل الأحكام قال : ومنها ثبوت الملك له بالوصية . وفيه الخلاف السابق في التوريث . واختار القاضي : أن الوصية له تعليق على خروجه حياً ، والوصية قابلة للتعليق . بخلاف الهبة .

وابن عقيل تارة وافق شيخه ، وتارة خالفه وحكَم بثبوت الملك من حين

---

(١) ص (١٧٨) . وما بين الحاصرتين من « القواعد » .
(٢) في أ : وقد .
(٣) في أ : خشت .
(٤) ساقط من أ .
(٥) في ج : لغيره .

موت الموصي وقبول الولي[1] له . وصرح به أبو المعالي التنوخي وبأنه ينعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك إذا كان مالاً زكوياً . وكذلك في المملوك بالإرث . وحكى وجهاً آخر إنه : لا يجري[2] في حول الزكاة حتى توضع ؛ للتردد[3] في كونه حياً مالكاً . فهو كالمكاتب . ولا يُعرف هذا التفريع في المذهب . انتهى كلام ابن رجب .

قال في « المغني » : وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضاً لا نعلم فيه خلافاً وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه . وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ [النساء : ١١] ، وقال سبحانه وتعالى : ﴿ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ ﴾ [النساء : ١٢] .

والحمل يرث فتصح الوصية له .

ولأن الوصية أوسع من الميراث . فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد . بخلاف الميراث . فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى .

ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر . فتصح للحمل ؛ كالعتق .

فإذا انفصل الحمل ميتاً : بطلت الوصية ؛ لأنه لا يرث .

ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك . وسواء مات بعارض من ضرب البطن أو شرب دواء أو غيره ؛ لما بينا من أنه لا يرث .

---

(١) في ج : المولى .
(٢) في أ و ب : يجزىء .
(٣) في ج : لتردد .

وإن وضعته حياً صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية .

ثم قال بعد ذلك بأسطر : وإن وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها : صحت الوصية له مع اشتراط إلحاقه به .

وإن كان منفياً باللعان أو دعوى الاستبراء : لم تصح الوصية له ؛ لعدم نسبه المشروط في الوصية .

فأما إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد[١] إلا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أوكان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها أو أقروا بذلك : فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور[٢] وبين ما إذا كان يطؤها ؛ لأنهما لم يفترقا في لحوق النسب للزوج والسيد . فكانت في حكم من يطؤها . انتهى .

وعلم مما تقدم : أنه لو وصى لمن تحمل هذه المرأة : لم يصح ؛ لأن الوصية تمليك . فلا تصح للمعدوم . وهذا المذهب .

قال في « الإنصاف » : وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في « الوجيز » وغيره وقدمه[٣] في « الفروع » وغيره .

وقيل : تصح . انتهى .

(و) إن قال إنسان لامرأة وهو يريد الوصية لحملها : (**إن كان في بطنك ذكر فله كذا**) أي فله مثلاً[٤] ثلاثون درهماً ، (**وإن كان**) في بطنك (**أنثى فكذا**) أي فلها مثلاً عشرون درهماً . (**فكان**) أي فتبين أنه قد كان في بطنها ذكر وأنثى بولادتها إياهما[٥] : (**فلهما ما شرط**) وهو على ما مثلنا خمسون درهماً .

---

(١) في أ : لسيد .
(٢) في ج : الصورة .
(٣) في أ : وقدم .
(٤) ساقط من أ .
(٥) في ج : إياها .

(**ولو كان قال**) لها : (**إن كان ما في بطنك**) ذكراً فله كذا ، وإن كان ما في بطنك أنثى فلها كذا . فكان ما في بطنها ذكراً وأنثى : (**فلا**) شيء لهما ؛ لأن أحدهما بعض حملها لا كله . ذكره في « الفروع » .

قال في « المغني » : وإذا أوصى[1] لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى : فالوصية لهما بالسوية ؛ لأن ذلك عطية وهبة . فأشبه ما لو وهبهما شيئاً بعد ولادتهما .

وإن فاضل بينهما فهو على ما قال كالوقف[2] .

وإن قال : إن كان [في بطنها][3] غلام فله ديناران ، وإن كان فيه جارية فلها دينار . فولدت غلاماً وجارية : فلكل واحد منهما ما وصى له به ؛ لأن الشرط وُجد فيه . وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته .

ولو قال : إن كان حملها أو إن كان ما في بطنها غلام فله ديناران ، وإن كانت جارية فلها[4] دينار . فولدت أحدهما منفرداً : فله وصيته ،

وإن ولدت غلاماً وجارية : فلا شيء لهما ؛ لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن . وبهذا قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور . انتهى .

وإن تبين في المسألة الأولى من مسألتي المتن أنه قد[5] كان في بطنها خنثى : كان له ما للأنثى حتى يتبين أمره . ذكره في « الكافي » واقتصر عليه في « الإنصاف » .

(**وطفلٌ : مَن لم يميِّز**) . يعني أنه لو وصى بشيء للأطفال من بني فلان أو نحو ذلك : كان لمن لم يميِّز منهم .

---

(١) في أ : وصى .
(٢) في أ : كما لو وقف .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في ج : وإن كان فيه جارية فله .
(٥) ساقط من أ .

قال في « البدر المنير » : الطفل الولد الصغير من الإنسان والدواب .

قال بعضهم : ويبقى هذا الاسم للولد حتى يميِّز . ثم لا يقال له بعد ذلك طفل[1] . بل صبي وحزور ويافع ومراهق وبالغ . انتهى .

(**وصبي وغلام ويافع ويتيم : مَن لم يبلغ**) . يعني أن هذه[2] الأسماء تطلق على الولد حين ولادته إلى حين بلوغه . بخلاف الطفل فإنه يطلق عليه إلى حين تمييزه فقط . فهذه الأسماء أعم من لفظ الطفل .

قال الكرماني في « شرح البخاري » : الغلام اسم يقع على الصبي من وقت ولادته على اختلاف حالاته إلى أن يبلغ . انتهى .

وقال ابن حجر في « شرح البخاري » في باب وضوء الصبيان لما قال في الحديث : « علموا الصبي الصلاة ابن سبع »[3] : يؤخذ من إطلاق الصبي على ابن سبع الرد على من زعم أنه لا يسمى صبياً إلا إذا كان رضيعاً ثم يقال له غلام إلى أن يصير ابن تسع سنين ، ثم يصير يافعاً إلى عشر . ويوافق الحديث قول الجوهري : الصبي الغلام . انتهى .

(**ولا يشمل يتيم[4] ولد زنا**) ؛ لأن اليتيم من فقد أباه بعد أن كان . وهذا لم يكن له أب .

(**ومراهقٌ : من قاربه**) أي قارب البلوغ .

قال في « القاموس » : وراهق الغلام قارب الحلم . انتهى .

(**وشابٌّ وفتى : منه**) أي من البلوغ (**إلى الثلاثين**) سنة .

(**وكَهل منها**) أي من الثلاثين (**إلى خمسين**) سنة .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : هذا .

(٣) أخرجه الترمذي في « جامعه » (٤٠٧) ٢ : ٢٥٩ كتاب الصلاة . باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة .

وأخرجه أحمد في « مسنده » (٦٦٨٩) ٢ : ١٨٠ .

(٤) في ج : اليتيم .

قال في « القاموس » : الكهل من وَخَطَهُ الشيب ورأيت له بَجَالة . أو من جاوز الثلاثين أو أربعاً وثلاثين إلى إحدى[(١)] وخمسين . انتهى .

والبجالة : مصدر بجل كعظم .

(**وشيخ منها**) أي من الخمسين (**إلى سبعين**) سنة .

(**ثم**) من جاوز ذلك (**هرم**) إلى آخر عمره .

فمن[(٢)] وصى بشيء لهم من بني فلان لم يتناول من سنه دون السبعين . وهكذا الحكم فيما لو أوصى لشبابهم وكهولهم أو شيوخهم فإن الوصية لا[(٣)] تتناول من هو دون ذلك . ولا من هو أعلا .

(**وإن**) وصى إنسان لآخر بشيء ثم (**قَتَلَ وصيٌّ موصياً**) ولو خطأ : (**بطلت**) الوصية ؛ لأن القتل ولو خطأ يمنع الميراث الذي هو آكد منها فيمنع الوصية بطريق أولى[(٤)] .

قال في القاعدة الثانية بعد المائة : ومنها قتل الموصى له الموصي فإنه يُبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقين . انتهى .

(**لا إن جرحه**) أي لا إن جرح إنسان إنساناً (**ثم أوصى**) المجروح (**له**) أي لجارحه بشيء (**فمات**) المجروح بعد ذلك (من **الجرح**) : فإن الوصية لا تبطل ؛ لأنها بعد الجرح صدرت من أهلها[(٥)] في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها .

وما في المتن هو أصح الطريقين اللتين[(٦)] أشار إليهما ابن رجب . والطريق الأخرى أن في المسألتين روايتين .

---

(١) في ج : أحد .
(٢) في ج : ومن .
(٣) في ج : لم .
(٤) في ج : الأولى .
(٥) في أ : أجلها .
(٦) في أ : للتبين .

قال في « الفروع » : بعد أن ذكر المسألتين وقال جماعة فيهما روايتان[١] .

قال في « المغني » : واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه : فقال ابن حامد : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد : فيمن جرح رجلاً خطأ فعفا المجروح فقال أحمد : تعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصية لقاتل . وهذا قول مالك وأبي ثور[٢] وابن المنذر وأظهر قولي الشافعي ؛ لأن الهبة له تصح . فصحت الوصية ؛ كالذمي .

وقال[٣] أبو بكر : لا تصح الوصية له . فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره . والتدبير وصية . وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية . فالوصية أولى .

ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها ما يمنعه .

وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه صح ، وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية : أبطلها[٤] جمعاً بين نصي أحمد في الموضعين . وهو قول الحسن بن صالح . وهذا قول حسن ؛ لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها ، ولم يطرأ عليها ما يبطلها . بخلاف ما إذا تقدمت . فإن القتل طرأ عليها . فأبطلها ؛ لأنه يبطل ما هو آكد منها . يحققه[٥] أن القتل إنما منع الميراث[٦] لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه . فعورض بنقيض قصده . وهو يمنع الميراث دفعاً لمفسدة قتل المورثين . ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارىء عليه أيضاً . وهذا المعنى متحقق في القتل الطارىء على الوصية فإنه ربما استعجلها بقتله . وفارق القتل قبل الوصية فإنه[٧] لم يقصد به استعجال

---

(١) في ج : روايتين .
(٢) في ج : وأبو ثور .
(٣) في أ : قال .
(٤) في ج : بطلها .
(٥) في أ : بحقيقة .
(٦) في أ : الوارث .
(٧) في ج : فإن .

مال لعدم انعقاد سببه ، والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه .

ولا فرق بين الخطأ والعمد في هذا كله . كما لا يفترق الحال بذلك[1] في الميراث . وعلى هذا من دبَّر عبده بعد جرحه إياه صح تدبيره . انتهى .

ولما كان التدبير كحكم الوصية قلت : (**وكذا فعل مُدَبَّر بسيده**) . يعني أنه إذا قَتَل سيِّدَه بعد صدور التدبير [بطل . وإن جرح سيده ثم دبره ومات من الجرح : لم يبطل التدبير .

قال في « الفروع » : ومثلها التدبير][2] . فإن[3] جعل عتقاً بصفة فوجهان . انتهى .

(**وتصح**) الوصية (**لصنف**) واحد (**من أصناف الزكاة**) كالغارمين . (**ولجميعها**) ؛ لأنهم يملكون . بدليل الزكاة والوقف .

(**ويعطى كل واحد**) من الموصى لهم من الوصية (**قدر ما يعطى من زكاة**) ؛ لأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المقيد من كلام الشارع .

قال في « المحرر » : وإذا وصى بثلثه لصنفٍ من أهل الزكاة قسم فيهم[4] كقسمتها .

قال شارحه : من أنه لا يجب التعميم ولا التسوية على ما سبق في الزكاة .

قال في « الإنصاف » : وحكم إعطائهم هنا كالزكاة . وصرح بذلك المصنف في « المغني » والشارح وصاحب « الحاوي الصغير » . وقالوا : ينبغي أن يعطى لكل صنف ثمن الوصية كما لو أوصى لثمان قبائل . وفرقوا بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد : أن آية الزكاة أريد فيها بيان من يجوز الدفع إليه ، والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع إليه .

---

(١) في ج : في ذلك .
(٢) ساقط من أ .
(٣) في أ : وكان .
(٤) في ب : فيها . وفي ج : بينهم .

قال في « الرعاية الكبرى » : وإن وصى لأصناف الزكاة الثمانية فلكل صنف الثمن . ويكفي من كل صنف ثلاثة .

وقيل : بل[1] واحد .

ويستحب إعطاء من أمكن منهم بقدر الحاجة وتقديم أقارب الموصي . ولا يعطى إلا مستحق من أهل بلده .

قال الحارثي : وظاهر كلام الأصحاب جواز الاقتصار على البعض[2] كالزكاة . والأقوى أن لكل صنف ثمناً . قال : والمذهب جواز الاقتصار على الشخص الواحد من الصنف . وعند أبي الخطاب : لا بد من ثلاثة . لكن لا تجب التسوية . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

(**وتصح**) الوصية (**لكَتْب قرآن وعِلْم**) ، وتُصْرف في ذلك ؛ لأنه مطلوب شرعاً . فصح صرف المال فيه ؛ كالصدقة .

وتصح أيضاً بمصحف ليُقرأ فيه ويوضع بجامع أو موضع حريز . نص عليه . ذكره في « الفروع » .

(**و**) تصح الوصية أيضاً (**لمسجد**) كما لو وقف عليه (**وتصرف في مصلحته**) عملاً بالعرف ؛ لأن الوصية له أمر بصرف المال في مصلحته . ويصرفه الناظر[3] إلى الأهم والأصلح باجتهاده . فلو قال : إن مت فبيتي[4] للمسجد أو فأعطوه مائة من مالي .

قال في « الفروع » : توجه صحته .

(**و**) تصح الوصية أيضاً (**لفرس حَبِيس يُنفق عليه**) ؛ لأنه من أنواع الخير .

---

(١) في ج : بلى .
(٢) في أ : كالبعض .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في أ : فثلثي .

فصح صرف[1] المال فيه ؛ كبقية الأنواع .

(**فإن مات**) الفرس الموصى له قبل صرف شيء من الموصى به[2] أو بعد صرف بعضه : (**رُدّ**) بالبناء للمفعول (**موصى به أو باقيه للورثة**) . لا لفرس حبيس آخر في المنصوص ؛ كما لو وصى بشيء لإنسان فرده .

ولأنه لما بطل محل الوصية وجب الرد إلى الورثة .

(**كوصيته**) أي المورث (**بعتق عبد زيد . فتعذر**) ذلك بأن مات العبد أو نحوه . (**أو**) كوصيته (**بشراء عبد بألف ليعتق عنه ، أو**) بشراء (**عبد زَيد بها**) أي بالدراهم[3] المقدرة بدون الألف . (**فاشتروه**) أي اشترى الورثة عبد زيد ، (**أو**) اشتروا (**عبداً يساويها**) أي العبد الموصى بشرائه بها (**بدونها**) . فإن الفاضل يكون للورثة ؛ فإنه لا مستحق[4] له غيرهم .

ولو أراد الموصي تمليك المسجد أو الفرس : لم تصح الوصية . قاله[5] في « المبدع » .

(**وإن وصى**) إنسان بشيء (**في أبواب البر : صُرف في القُرب**) جمع قُربة بضم القاف .

قال في « الإنصاف » : هذا[6] المذهب . انتهى .

فيشمل جميع القرب ؛ لأن اللفظ للعموم . فيجب الحمل عليه . ويمتنع التخصيص بدون مخصص .

(**ويُبدأ**) منها (**بالغزو**) . نص عليه في رواية حرب وهو قول أبي الدرداء ؛ لأنه أفضل القُرَب .

---

(١) في أ : تصرف .
(٢) في أ : شيء عن الموصى له .
(٣) في أ : الدراهم .
(٤) في أ : لأنه لا يستحق .
(٥) في ج : قال .
(٦) في ج : وهذا .

قال في « المغني » : ونقل المروذي عن أحمد : فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر : يُجزّأ ثلاثة أجزاء : جزءاً في الجهاد ، وجزءاً يتصدق به في قرابته ، وجزءاً في الحج .

وقال في رواية أبي داود : الغزو يُبدأ به .

وحكي عنه أنه جعل جزءاً في فداء الأسرى .

وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد . بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ؛ لأن اللفظ للعموم . فيجب حمله على عمومه . ولا يجوز[١] تخصيص العموم بغير دليل . وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق . وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق وفك أسير وإعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة[٢] ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من[٣] يجب عليه الحج فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً ، وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله تعالى . فتقديم هذا على ما[٤] مصلحته ظاهرة والحاجة إليه داعية [بغير دليل][٥] تحكم لا معنى له .

(**ولو قال**) الموصي لمن جعل له صرف ثلثه : (**ضع ثلثي حيث أراك الله**) ، أو حيث يريك الله تعالى : (**فله صرفه في أي جهة من جهات القُرَب**) أي وضعه[٦] فيها عملاً بمقتضى وصيته .

وقال القاضي : أنه يجب صرفه[٧] للفقراء والمساكين .

(**و**) على القولين (**الأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه**) ؛ لأن صرفه فيهم صدقةٌ وصلةٌ .

---

(١) في ج : يجب .
(٢) في أ : وإعانة .
(٣) في ج : ما لم .
(٤) ساقط من أ .
(٥) ساقط من أ .
(٦) في أ : وصفه .
(٧) في أ : أن صرفه .

نقل أبو داود عن أحمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين ، وله أقارب محاويج لم يوص لهم بشيء ولم يرثوا : فإنه يبدأ بهم فإنهم أحق . قال : وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أيعطى إخوته وهم فقراء؟ قال : نعم هم أحق يعطون خمسين درهماً . لا يُزادون على ذلك .

قال في « المغني » : يعني لا يزاد كل واحد منهم على ذلك ؛ لأنه القدر الذي يحصل به الغنى . انتهى .

فإن لم يكن للموصي أقارب من النسب : (فـ) إلى (**محارمه**) كأمه وأبيه وأخيه (**من الرضاع**) . فإن لم يكن له محارم من الرضاع (**فـ**) إلى (**جيرانه**) . ولا يجب ذلك خلافاً لبعض العلماء ؛ لأنه جعل ذلك إلى ما يراه فلا يجوز تقييده بالتحكّم .

(**وإن وصى**) إنسان (**أن يُحج عنه بألف : صُرف**) الألف (**من الثلث إن كان**) الحج (**تطوعاً في حجة بعد أخرى**) لمن يَحج عن الموصي (**راكباً أو راجلاً ، يدفع إلى كل**) من الراكب والراجل (**قدر ما يحج به**) فقط . فلا يدفع إليه أكثر من نفقة المثل ؛ لأنه أطلق التصرف في المعاوضة . فاقتضى ذلك عوض المثل ؛ كالتوكيل في البيع والشراء . (**حتى يَنْفَد**) القدر الموصى به في الحج ؛ لأنه وصى بجميعه في جهة قربة . فوجب صرفه فيها ؛ كما لو وصى به في سبيل الله تعالى .

قال في « الإنصاف » : وهذا المذهب . ثم قال :

وعنه : يصرف في حجة لا غير . والباقي إرث[1] .

ونقل ابن إبراهيم : بعد الحجة الأولى : يُصرف في الحج ، أو في[2] سبيل الله .

وقال في « الفصول » : من وصى أن يُحج عنه بكذا لم يستحق ما عين زائداً على النفقة ؛ لأنه بمثابة جُعالة . واختاره . ولا يجوز في الحج . واختار

---

(١) في ج : وارث .
(٢) في ج : وفي .

أبو محمد الجوزي : أنه إن وصى[1] بألف يحج بها : يصرف في كل حجة قدر نفقته حتى ينفد . ولو قال : حجوا عني بألف فما فضل للورثة . انتهى .

وعلى المذهب (**فلو لم يكف الألف** ، **أو**) لم تكف (**البقية**) منه إذا صرف منه حجة أو أكثر وبقي[2] شيء أن يحج به من بلد الموصي : (**حُجَّ**) بالبناء للمفعول (**به**) أي بالألف أو الباقي[3] (**من حيثُ يَبْلُغ**) .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . نص عليه . انتهى .

قال في « المغني » : في ظاهر منصوص أحمد[4] . فإنه قال في رواية حنبل : في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة . فقال : يُحج عنه من حيث يبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته . وهذا قول العنبري .

وقال القاضي : يُعان به في الحج . وهو قول سوار القاضي . حكاه عنه العنبري . وعن أحمد أنه مخير في ذلك . انتهى .

قال في « الإنصاف » : وعنه : يخير فإن تعذر فهو إرث[5] . قاله في « الرعاية » وغيره .

قال الحارثي : وفيه وجه ببطلان الوصية إذا لم يكف الحج . انتهى .

ووجه المذهب : أن الموصي قد عيّن صرف ذلك في الحج . فصرف فيه بقدر الإمكان .

(**ولا يصح حج وصي بإخراجها**) أي إخراج نفقة الحج .

قال في « الإنصاف » : لا يصح أن يحج وصي بإخراجها . نص عليه الإمام أحمد في رواية أبي داود وأبي الحارث وجعفر الشيباني وحرب . قال : لأنه منفذ . فهو كقوله : تصدق به عني . لا يأخذه منه . انتهى .

---

(١) في ج : أوصى .
(٢) في ج : ويبقى .
(٣) في أ : والباقي .
(٤) في ج : في ظاهر نصوص . وإسقاط : أحمد .
(٥) في أ : وارث .

قال ابن رجب في القاعدة السبعين : ومنها الموصى إليه بإخراج مال لمن يحج أو يغزو : ليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو به . نص عليه أحمد في رواية أبي داود وقال : هو متعد[1] لأنه لم يأمره . وهذا تصريح بأن مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له[2] . انتهى .

(ولا) حجٍّ (وارث) . قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب . ثم قال : واختار جماعة من الأصحاب بلى[3] يحج عنه [إن عيّنه ولم يزد على نفقته . منهم الحارثي .

وفي « الفصول » : إن لم يعينه جاز . انتهى .

وأما إن عين أن يحج عنه][4] الوارث بالنفقة فإنه يصح . ذكره في « الإنصاف » من جملة الفوائد[5] في المسألة .

(**وإن قال**) يُحج عني (**حجة بألف : دفع الكل إلى من يَحجّ**) عنه[6] .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . انتهى .

ووجه ذلك : أنه أوصى به في حجة واحدة . فوجب أن يعمل بمقتضى وصيته تنفيذاً لها .

ثم إن كانت الحجة الموصى بها تطوعاً فجميع القدر الموصى به من الثلث ، وإن[7] كانت واجبة فالزائد عن نفقة المثل يعتبر من الثلث . وإن لم يف القدر الموصى به من الثلث بالحج الواجب تُمّم من رأس المال . وفي حج التطوع يحج به من حيث يبلغ .

وقيل : يُخرج من الألف نفقة مثل الحجة . والبقية إرث .

---

(١) في أ : المعتد .

(٢) في ج : تناول اللقطة . وإسقاط له .

(٣) في أ : بل .

(٤) ساقط من أ .

(٥) في ج : القواعد .

(٦) في ج : منه .

(٧) في ج : والحج .

(**فإن عيّنه**) أي عين من يحج بأن قال : يحج عني فلان حجة بألف . (**فأبى**) فلان : (**الحج بطلت**) الوصية (**في حقه**) أي بطل تعيينه ؛ لأنها وصية فيها حق للحج ، وحق للموصى له . فإذا رده بطل في حقه دون غيره .

[قال في « الفروع »][1] : فإن[2] أبى المعين الحج فقيل : تبطل .

وقيل : في حقه . كقوله : بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه . فلم يقبله .

وكذا لو لم يَقدر الموصى[3] له بفرس في السبيل على الخروج . نقله أبو طالب . انتهى .

(**ويُحج عنه**) أي عن الموصي بمباشرة إنسان ثقة سوى المعين (**بأقلّ ما يمكن من نفقته**) لمثله . بناء على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه . [فما ينفق النائب على نفسه][4] فيما يحتاج إليه فهو من مال الموصي . حتى إذا تلف المال في الطريق من غير تفريط من النائب كان من مال الموصي ولم يكن[5] على النائب إتمام المضي إلى الحج عنه . وهذا إحدى الروايتين .

(**أو**) من (**أُجرة**) على الرواية الأخرى .

وجمع بينهما في « الفروع » وتبعته على ذلك .

وعبارته : ويحج غيره بأقلّ ما يمكن نفقة أو أجرة (**والبقية**) عن النفقة أو الأجرة[6] من المقدر (**للورثة**) .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب . انتهى .

ووجه ذلك : أنه لما بطل محل الوصية بامتناع المعين من الحج : وجب رد الفاضل إلى الورثة ؛ كما لو وصى به لإنسان فرد الوصية .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : وإن .

(٣) في أ : الوصي .

(٤) ساقط من أ .

(٥) في ج : ولا يكون .

(٦) في أ : والأجرة .

ويستوي الحال في ذلك (**في**) حج (**فرض ونفل**) . إلا أنه في الفرض بلا خلاف .

(**وإن لم يمتنع**) فلان من الحج : (**أعطي الألف**) لأنه أوصى له بالزيادة على نفقة المثل بشرط أن يحج وقد بذل نفسه للحج فوجب أن تنفذ الوصية على ما قال الموصي . (**وحُسب الفاضلُ**) من الألف (**عن نفقة مثل**) لتلك[1] الحجة (**في فرض**) من الثلث ؛ لأنه هو القدر المتبرع به . وتكون نفقة المثل من رأس المال لأنها من الواجبات .

(**و**) حسب (**الألف**) جميعه إذا كانت الوصية (**في نفل من الثلث**) ؛ لأنها تطوع بألف بشرط[2] الحج عنه .

ولا يعطى إلى أيام الحج . قاله أحمد .

نقل أبو طالب : أشتري به متاعاً يتجر به ؟ قال : لا يجوز . قد خالف . لم يقل اتجر به . ذكرهما في « الفروع » .

وفيه : ومن أوصى أن يحج عنه بالنفقة صح . واختاره أبو محمد الجوزي . انتهى .

قال في « الإنصاف » : ولو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة في عام واحد صح وأحرم النائب بالفرض أولاً إن كان عليه فرض .

ولو أوصى بثلاث حجج : لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثة يحجون عنه في عام واحد .

قال في « الرعاية » : قال : ويحتمل أن يصح إن كانت نفلاً .

وقال في « الفروع » : في حكم قضاء الصوم حكى أحمد عن طاوس جواز صيام[3] جماعة عنه في يوم واحد ، ويجزىء عن عدتهم من الأيام . قال : وهو

---

(١) في أ : لذلك .
(٢) في أ : يشرط .
(٣) في أ : صوم .

أظهر . واختاره المجد . قال : فدل ذلك أن من أوصى بثلاث حجج جاز صرفها إلى ثلاثة يحجون عنه في سنة واحدة. وجزم ابن عقيل بأنه لا يجوز؛ لأن نائبه مثله. وذكره في «الرعاية» قولاً ولم يذكر قبله ما يخالفه. ذكره في فصل استنابة المعضوب من الإحرام وهو قياس ما ذكره القاضي في الصوم . انتهى كلامه في « الفروع » .

قال صاحب « الإنصاف » عن صاحب « الفروع » : ولم يستحضر تلك الحال ما ذكره في باب الموصى به أو رآه بعد ذلك . وقد أطلق وجهين في صحة ذلك . ثم وجدت الحارثي نقل عن القاضي وابن عقيل والسامري صحة صرف ثلاث حجج في عام واحد . وقال : هو أولى . انتهى .

ولو وصى إنسان أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله وأجاز الورثة[1] : أمضيت على ما قال موص . وإن لم يفضل عن المائة شيء من الثلث فلا شيء لعمرو ؛ لأنه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل . وإن رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين : لسعد نصفه[2] ، ولزيد من باقيه مائة ، وما فضل من الثلث فهو لعمرو . وإن[3] لم يفضل منه شيء بعد المائة فلا شيء لعمرو ؛ لأنه إنما أوصى له بالزيادة ، ولا زيادة . ولا يمنع المزاحمة به . ولا يعطى شيئاً ؛ كولد الأب مع الأخ من الأبوين في مزاحمة الجد .

قال في « المغني » : ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يُرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته ؛ لأن زيداً[4] إنما استحق المائة بالإجازة . فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا . وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم . فإن امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنيب ثقة غيره في الحج بأقل[5] ما يمكن وتمام المائة للورثة ولعمرو ما فضل . انتهى .

---

(١) في أ : الورثاء .
(٢) ساقط من أ .
(٣) في أ : إن .
(٤) في أ : زيد .
(٥) في ج : باطل .

(**ولو وصى**) إنسان (**بعتق نسمة بألف فأعتقوا**) أي الورثة (**نسمة بخمس مائة**) والحال أن الثلث يحمل[1] الألف : (**لزمهم عتق**) نسمة (**أخرى بخمس مائة**).

قال في « الفروع » : في الأصح . ذكره في « الترغيب » .

(**وإن قال**) الموصي : أعتقوا (**أربعة**) من الرقيق (**بكذا**) الشيء عينه : (**جاز الفضلُ بينهم**) . فلو كان قال : بخمسمائة جاز شراء واحد[2] بمائة وثلاثة بأربعمائة ونحو ذلك .

(**ما لم يسم**) لكل واحد (**ثمناً معلوماً**) .

قال في « الفروع » : نص عليه .

(**ولو وصى بعتق عبد زيد ووصية**) له ؛ كما لو قال : يشترى عبد زيد ويعتق ويعطى مائة درهم (**فأعتقه سيده**) زيد : (**أخذ العبد الوصية**) بالدراهم ؛ لأن الميت قد أوصى بوصيتين :

إحداهما : عتق العبد .

والأخرى : إعطاؤه الدراهم . فإذا فات العتق لسبق زيد به بقيت الوصية بإعطاء الدراهم . فيجب تنفيذها كما لو انفردت لحر .

قال في « الفروع » عقب ذكره المسألة : نقل صالح معناه . انتهى .

(**ولو وصى**) إنسان (**بعتق عبد**) يشترى (**بألف**) نفذ ذلك إن خرج الألف من الثلث ، أو (**اشتري**) عبد (**بثلثه**) أي ثلث المال (**إن لم يخرج**) الألف من الثلث ولم تُجز الورثة .

(**ولو وصى**) إنسان (**بشراء فرس للغزو بمعين**) كألف (**وبمائة نفقة له**) أي للفرس . (**فاشتري**) الفرس (**بأقل منه**) أي من الألف والحال أن الثلث يحمل الألف والمائة [(**فباقيه**) أي باقي الألف (**نفقة**) للفرس مع المائة . نص عليه ؛

---

(١) في ج : يحتمل .

(٢) في أ : آخر .

لأنه أخرج الألف والمائة][1] في وجه واحد . وهو الفرس . فهما مال واحد بعضه للثمن وبعضه للنفقة عليه . وتقدير الثمن لتحصيل صفة . فإذا حصلت فقد حصل الغرض . فيخرج الثمن من المال وتبقى بقيته للنفقة .

(**لا إرث**) . قال[2] في « الفروع » : في المنصوص إشارة إلى قول فيه قياساً على ما لو وصى أن يُشترى عبد بألف فاشتري عبد يساوي ألفاً بثمانمائة فإن الباقي يكون للورثة . والفرق بين المسألتين أن الباقي في مسألة العبد لا مصرف له فكان للورثة بخلاف مسألتنا فإن الوصية كلها للفرس . فللفاضل مصرف وهو النفقة فلذلك لم يكن للورثة .

(**وإن وصى**) إنسان بشيء (**لأهل سِكَّته**) بكسر السين : (**فـ**) الموصى به (**لأهل زُقاقه**) بضم الزاي أي زقاق الموصي . وهو دربه . والدرب في الأصل باب السكة الواسع . قاله في « القاموس » .

وأصل السكة الطريقة المصطفة[3] من النخل . وسمي الدرب سكة لاصطفاف البيوت به . فإذا وصى لأهل سكته[4] أو لأهل دربه تناول أهل المحلة الذين طريقهم في دربه .

وإنما يستحق الموصى به من أهل الدرب من كان ساكناً فيه (**حال الوصية**) .

قال في « الإنصاف » : يعتبر في استحقاقهم سكناه في السكة حال الوصية . نص عليه وجزم به في « المستوعب » وغيره وقدمه في « الفروع » واختاره ابن أبي موسى . انتهى .

قال في القاعدة السابعة بعد المائة : والمنصوص عن أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان : فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا . فسكنها قوم بعد موت الموصي . قال : إنما كانت الوصية للذين كانوا . ثم

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ج : قاله .

(٣) في ج : المصعطفة .

(٤) في أ : سكنه .

قال : ما أدري كيف هذا ؟ قيل : فيشبه هذا الكورة . قال : لا . الكورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى . ينزل قوم ويخرج قوم يقسم بينهم . ففرّق بين الكورة والسكة لأن الكورة لا يلحظ[1] الموصي فيها قوماً معينين لعدم انحصار أهلها . وإنما المراد تفريق الوصية بها . فيستحق المتجدد فيها . بخلاف السكة فإنه قد يلحظ أعيان سكانها الموجودين لحصرهم . انتهى .

وقال في « المغني » : ويستحق أيضاً لو طرأ إلى السكة بعد الوصية .

والأول المذهب .

(و) إن وصى إنسان بشيء (**لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب**) .

قال في «الإنصاف»: هذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب. انتهى.

قال في « المغني » : وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كل جانب . نص عليه أحمد . وبه قال الأوزاعي والشافعي . انتهى .

وقدم ذلك في « المحرر » . ثم قال : وعنه : مستدار أربعين داراً . انتهى .

وعنه : مستدار ثلاثين داراً . ذكرها في « الفروع » .

ونقل ابن منصور : لا ينبغي أن يعطى هذا إلا الجار الملاصق . وهذا مذهب أبي حنيفة .

قال في « المغني » : وقال أبو حنيفة : الجار الملاصق ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الجار أحق بصقبه »[2] . يعني الشفعة . وإنما تثبت للملاصق ؛ لأن الجار مشتق من المجاورة .

وقال قتادة : الجار الدار والداران .

وروي عن علي رضي الله تعالى عنه في قول النبي ﷺ : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد . قال : من سمع النداء »[3] .

---

(١) في أ : يلحق .

(٢) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٦٥٧٩) ٦ : ٢٥٦٠ كتاب الحيَل ، باب احتيال العامل ليهدى له .

(٣) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٣ : ١٧٤ كتاب الجمعة ، باب وجوب الجمعة على من كان خارج=

وقال سعيد بن عمرو بن جعدة : من سمع الإقامة .

وقال أبو يوسف : الجيران أهل المحلة إن جمعهم مسجد .

وإن تفرق أهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران . فإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران . وأما الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الأفخاذ .

ولنا : ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » .

وهذا نص لا يجوز العدول عنه[1] إن صح . وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب[2] . ويرجع في ذلك إلى العرف[3] . انتهى كلامه في « المغني » .

(و) إن وصى إنسان بشيء (**لأقرب قرابته** ، **أو**) وصى (**لأقرب الناس إليه** ، **أو أقربهم**) به (**رحماً**) ولم يرثه الموصى له لمانع ، أو ورثه وأجاز بقية الورثة . (**وله**) أي للموصي (**أب وابن** ، **أو**) كان له (**جد وأخ** : **فهما سواء**) ؛ لأن كلاً من الأب والابن يدلي بنفسه من غير واسطة .

ولأن كلاً من الجد والأخ يدلي بالأب .

وقيل : يقدم الابن على الأب والأخ على الجد .

وقيل : يقدم الجد على الأخ .

(**وأخٌ من أب** ، **وأخ من أم إن دخل**) الأخ للأم (**في القربة** : **سواء**) .

قال في « الإنصاف » : عند قوله في « المقنع » : والأخ من الأب [والأخ من الأم][4] سواء : وهذا مبني على أن الأخ من الأم يدخل في القرابة على ما تقدم

= المصر في موضع يبلغه النداء .

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : المتقارب .

(٣) في ج : ذلك الفرق .

(٤) ساقط من أ .

في كتاب الوقف قاله في « الفروع » وغيره . وكذا الحكم في أبنائهما . وكذا يحمل ما قاله في « المغني » و« الكافي » أن الأب والأم سواء . انتهى .

(**وولد الأبوين أحق منهما**) أي من الأخ للأب فقط ومن الأخ للأم فقط ؛ لأن من له قرابتان أقرب ن له قرابة واحدة .

وجدة لأبيه وجدة لأمه سواء ، [وعمة لأبيه][1] وعمة لأمه سواء .

وقيل : يقدم الجد للأب[2] والعم للأب .

وجد يدلي بقرابتين أولى من جد[3] يدلي بقرابة واحدة .

(**والإناث كالذكور فيها**) أي في القرابة . فالابن والبنت سواء ، والأخ والأخت سواء ، والعم والعمة سواء .

وعلم مما تقدم : أن الأب أولى من ابن الابن ومن الجد ومن الأخوة على الصحيح من المذهب .

وقدم[4] في « الترغيب » : أن ابن الابن أولى من الأب . قال : وكل من قدم قدم ولده إلا الجد فإنه يقدم على بني إخوته[5] . وأخاه لأبيه فإنه يقدم على ابن أخيه لأبويه .

* * *

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في أ : جد لأبيه .
(٣) في ج : ممن . وإسقاط : جد .
(٤) في أ و ب : وتقدم .
(٥) في ج : أخواته .

[فصل : في الوصية الفاسدة]

(**فصل . ولا تصح**) الوصية (**لكنيسة ، أو بيت نار**) ، ولا لمكان من أماكن الكفر . سواء كانت الوصية ببنائهما ، أو بشيء ينفق عليهما ؛ [لأن ذلك معصية][(١)] . فلم تصح الوصية بها ؛ كما لو أوصى بعبده أو أمته للفجور . أو بشراء خمر أو خنازير يتصدق بها على أهل الذمة . وهذا المذهب .

وذكر القاضي : أنه لو وصى لحصر البِيَع وقناديلها[(٢)] وما شاكل ذلك ولم يقصد إعظامها : أن الوصية تصح ؛ لأن الوصية لأهل الذمة صحيحة .

قال في « الإنصاف » : قلت : وهذا ضعيف . ورده الشارح واقتصر عليه في « الرعاية » قال : وفيه نظر . انتهى .

ولا فرق بين كون الموصي مسلماً أو كافراً على المذهب .

قال[(٣)] في « المغني » : ونقل عن أحمد كلام يدل على صحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة .

والأول أولى وأصح .

وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة أو أهل[(٤)] الحرب : صح ؛ لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية . انتهى .

(**أو كَتْب التوراة أو الإنجيل**) . يعني أنه لا تصح الوصية بذلك ؛ لأنهما

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : وقناديلهما .

(٣) في أ : قاله .

(٤) في ج : وأهل .

منسوخان وفيهما تبديل . والاشتغال بهما غير جائز . وقد « غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة »[١] .

وكلام بعضهم يدل على أن في ذلك رواية بالصحة .

قال في « الرعاية » : ولا تصح لكتب توراة وإنجيل[٢] على الأصح .

وقيل : إن كان الموصي بذلك كافراً صح ، وإلا فلا .

وأوضح من ذلك قول صاحب « الهداية » ومن تبعه : وإن وصى لبناء كنيسة أو بيعة أو كَتْبِ التوراة والإنجيل : لم تصح الوصية . ونقل عبد الله ما يدل على صحتها .

قال صاحب « الرعاية » : تحمل الصحة على وصية ذمي بما نُجيز له فعله من ذلك . انتهى .

(**أو ملَك**) بفتح اللام أحد الملائكة (**أو ميت**) يعني أنه لا تصح الوصية للملك ولا للميت ؛ لأنهما لا يملكان . أشبه ما لو أوصى لحجر أو نحوه من الجمادات .

(**وإن وصى**) إنسان (**لمن**) أي لإنسان ميت حال الوصية (**يعلم**) الموصي (**موته**) حين الوصية (**أو لا**) يعلم (**وصّى**) ؛ كما لو قال : أوصيت بهذا العبد لزيد وعمرو . والحال أن زيداً ميت حين الوصية وعمراً حي : (**فللحي النصف**) من العبد ؛ لأنه أضاف الوصية إليهما . فإذا لم يكن أحدهما محلاً للتمليك بطلت الوصية في نصيبه دون نصيب الحي لخلوه عن المعارض[٣] . كما لو كانت لحيين فمات أحدهما . وهذا المذهب نص عليه في رواية ابن منصور وقدمه في « المستوعب » و« الخلاصة » و« المحرر » و« المغني » و« الشرح » و« الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفروع » و« الفائق » .

---

(١) ر ص (١٧٢) .

(٢) في أ التوراة والإنجيل .

(٣) في : المعاوض .

قال الحارثي : هذا المذهب وعليه عامة الأصحاب حتى[1] أبو الخطاب في « رؤوس المسائل » .

وقيل : الكل للحي . وقدمه في « المقنع » ..

قال في « الإنصاف » : وهو أحد الوجهين . ونقل أحمد ما يدل عليه . انتهى .

وذكر الأول احتمالاً في « المقنع » .

ومحل[2] الخلاف إن علم الموصي موت زيد ، ولم يزد بينهما . فإن لم يعلم موت زيد أو قال : أوصيت بهذا العبد لزيد وعمرو بينهما : لم يكن لعمرو إلا نصف العبد بلا[3] خلاف في المذهب .

(**ولا يصح تمليك بهيمة**) ؛ لاستحالة ذلك .

(**وتصح**) الوصية أيضاً (**لفرس زيد ولو لم يقبله**) أي ولو لم[4] يقبل زيد ما وصى به لفرسه ، (**ويصرفه**) أي الموصى به (**في علفه**) أي الفرس ؛ لأن الوصية له أمر بصرف المال في مصلحته . (**فإن مات**) الفرس الموصى له قبل صرف الجميع الموصى به في علفه : (**فالباقي للورثة**) ؛ لأنه تعذر صرف المال الموصى به إلى الموصى له به . فعاد إلى الورثة ؛ كما لو رد الوصية من أوصي له بها .

(**وإن وصى**) إنسان (**بثلثه**) أي ثلث ماله (**لوارث وأجنبي**) ، أو لكل واحد منهما بشيء معين . وقيمة المعينين ثلث المال . (**فرد الورثة**) : بطلت الوصية للوراث في المسألتين ؛ لأن الوصية له لا تصح إلا مع الإجازة . وعلى هذا (**فللأجنبي السدس**) في المسألة الأولى ، والمعين الموصى له به في الثانية إذ لا اعتراض للورثة على الأجنبي فيما لم يزد على الثلث .

---

(١) في أ : قال .

(٢) في ج : وعلى .

(٣) في أ : لا .

(٤) في أ : أي ولم .

(و) إن وصى لهما (**بثلثيه فرد الورثة نصفها**) أي نصف الوصية (**وهو ما جاوز الثلث**) من غير تعيين نصيب واحد منهما (**فالثلث بينهما**) ؛ لأن الوارث يزاحم الأجنبي مع الإجازة . فإذا ردوا تعين أن يكون الباقي بينهما . ذكره القاضي .

قال في « الإنصاف » : وهذا المذهب . جزم به في « الوجيز » وغيره وقدمه في « الرعايتين » و« الفروع » و« الفائق » و« شرح ابن منجى » واختاره ابن عقيل . انتهى .

وعند أبي الخطاب : للأجنبي الثلث كله ؛ كما لو ردت وصية الوارث وحده .

وقيل : يأخذ الأجنبي السدس ولا شيء للوارث .

وإن قال الورثة : أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه من وصيتكما ، أو قالوا : رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقّينا[1] له نصفها : كان ذلك آكد في جعل السدس لكل واحد منهما لتصريحهم به .

(**ولو ردوا نصيب وارث**) فقط ، (**أو أجازوا**) الوصية (**للأجنبي**) فقط : (**فله**) أي للأجنبي (**الثلث**) كاملاً في الصورتين ؛ (**كإجازتهم للوارث**) . وله الوصيتين . فإنه يكون للأجنبي[2] الثلث .

وإن قالوا : أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الأجنبي ، أو عكسوا : فهو على ما قالوا ؛ لأن لهم أن يجيزوا لهما وأن يردوا عليهما . فكان لهم إجازة بعض ذلك ورد بعضه .

وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته : لم يملكوا ذلك . سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه .

---

(١) في أ : وإن قالت الورثة : أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه كما لو قالا : أرددنا من وصيته كل واحد منكما وبقيتها .

(٢) في ج : الأجنبي .

وإن وصى بثلثه لوارث وأجنبي ، وقال : إن ردوا [1] وصية الوارث : فالثلث كله للأجنبي . فردوا وصية الوارث : فكما قال الموصي ، وإن أجازوا للوارث : فالثلث بينهما .

(و) من وصي (**له ولملَك أو**) وصي له مع (**حائط بالثلث**) ؛ كما لو قال : أوصيت بثلث مالي لزيد وللملك جبرائيل[2] أو ميكائيل أو نحو ذلك ، أو أوصيت[3] بثلث مالي لزيد ولهذا الحائط أو هذا الحجر أو نحو ذلك : (**فله**) أي فلمن أوصي له مع ملك أو حائط (**الجميع**) أي جميع الموصى به[4] ؛ لأن من أشركه معه لا يملك . فلم يصح التشريك .

قال في « الإنصاف » : كان له الجميع على الصحيح من المذهب . نص عليه وقدمه في « الفروع » و« الرعاية الصغرى » و« الحاوي الصغير » و« الهداية » و« المذهب » و« المستوعب » و« الخلاصة » وغيرهم .

وقيل : له النصف . وهو احتمال للقاضي .

(و) من وصي له و (**لله ، أو**) وصي له (**وللرسول**) : فإن الموصى به يكون (**فنصفان**) بينهما .

قال في « الإنصاف » في المسألتين : على الصحيح من المذهب . وذكر أن الثانية منصوص عليها . وذكر في كل منهما قولاً أن الكل له أي المذكور مع الله أو مع الرسول . وذكر أنه جزم به في « الكافي » في المسألة الأولى .

(و) على المذهب يصرف (**ما لله أو للرسول في المصالح العامة**) . ذكره في « الفروع » يعني مصرف الفيء . وتبع في « التنقيح الفروع » . وتبعته عليه .

وقال في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » : يصرف في الكُراع

---

(١) في ج : رودا لي .
(٢) في ج : جبريل .
(٣) في أ : وصيت .
(٤) في أ : الموصى له به .

والسلاح والمصالح . ولم يتعرضوا هنا للذي لله تعالى . ولعله إنما سكتوا عنه لظهوره وعدم الخلاف في كونه للمصالح العامة . والله أعلم .

ومن لا يرثه إلا ابنان (و) وصى (**بماله**) كله (**لابنيه وأجنبي . فرداها**) أي فرد الابنان جميع الوصية : (**فله**) أي للأجنبي (**التسع**) ثلث الثلث ؛ لأن الوصية لو أجيزت كان له ثلث المال لأنه ثالث ثلاثة . فكان له مع الرد ثلث الثلث .

قال في « الإنصاف » : فله التسع عند القاضي وهو الصحيح من المذهب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » .

وعند[1] أبي الخطاب : له الثلث .

قال في « الرعاية الكبرى » : وهو أقيس .

[وقال في « الفائق »][2] : ويحتمل أن يكون له السدس جعلا لهما صنفاً . انتهى .

(و) من وصى (**بثلثه لزيد وللفقراء والمساكين فله**) أي لزيد (**تسع**) وباقي الثلث للفقراء والمساكين .

قال في « الإنصاف » : وهذا المذهب وعليه الأصحاب .

وقال في « الرعاية » قلت : يحتمل أن له السدس لأنهما هنا صنف . انتهى .

قلت : يتخرج فيه أيضاً أن يكون كأحدهم فيعطى أقل شيء كما قاله صاحب « الرعاية » على ما تقدم قريباً . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

ووجه المذهب : أن الوصية لثلاث جهات . فوجب التسوية بينها[3] ؛ كما لو وصى لثلاثة أنفس .

---

(١) في أ : عند .

(٢) ساقط من أ .

(٣) في ج : فوجبت التسوية بينهما .

(و) على هذا (**لا يستحق معهم**) أي مع الفقراء والمساكين في حصتهم شيئاً ؛ [كما لو][1] كان متصفاً (**بالفقر والمسكنة**) ؛ لأن العطف يقتضي المغايرة .

(و) على هذا أيضاً (**لو وصَّى بشيء**) كالسدس (**لزيد ، وبشيء**) كسدس آخر (**للفقراء**) وزيد منهم . (**أو**) وصى لزيد بسدس و (**لجيرانه**) بسدس آخر (**وزيد منهم : لم يشاركهم**) في المسألتين .

[قال في « الإنصاف » : ولو وصَّى له ولإخوته بثلث ماله فهو كأحدهم . قدمه في « الرعاية الكبرى » ، وقال : ويحتمل أن له النصف ولهم النصف .

قال الحارثي : وأظهر الوجهين : أن له النصف .

وقال في « الفروع » : ولو وصى له وللفقراء بثلثه : فنصفان .

وقيل : هو كأحدهم ؛ كَلَهُ[2] ولإخوته في وجهٍ .

فظاهر ما قدمه أنه يكون له النصف . وهو احتمال في « الرعاية » . وهو المذهب . انتهى][3] .

(**ولو وصى**) إنسان (**بثلثه لأحد هذيْن**) بأن قال : وصيت بثلثي لأحد هذين ، (**أو قال لجاري أو قريبي فلان باسم مشترك : لم يصح**) ؛ لأن تعيين الموصى له شرط . فإذا قال لأحد هذين فقد أبهم الموصى له . وكذلك الجار والقريب ؛ لوقوعه على كل من المسميين .

(**فلو قال**) : عبدي (**غانم حر بعد موتي ، وله**) أي لغانم المذكور (**مائتا درهم**) ، وكان (**له**) أي للموصي (**عبدان**) مسميان (**بهذا الاسم**) . ثم مات الموصي : (**عَتَق أحدهما**) أي أحد العبدين المسميين بهذا الاسم (**بقرعة**) ؛ لأنه عتقٌ استحقه واحد منهما . فأخرج بالقرعة ؛ كما لو أعتقهما فلم يخرج من

---

(١) ساقط من أ .

(٢) ساقط من أ .

(٣) ساقط من ب .

الثلث إلا أحدهما ولم تجز عتقهما الورثة . (**ولا شيء له**) أي لمن خرجت عليه القرعة (**من الدراهم**) الموصى بها ولو خرجت من الثلث ؛ لأن الوصية بالدراهم المائتين وقعت لغير معين فلم تصح . نص على ذلك .

قال في « المغني » : نقلها صالح .

وقال في « المحرر » : نقله حنبل .

وعنه : هي له من الثلث .

قال في « المحرر » : نص عليه في رواية صالح . واختاره[1] أبو بكر ، ونسب ذلك في « المغني » للقاضي .

(**ويصح**) إن قال : (**أعطوا ثلثي أحدَهما**) ؛ كما لو قال : أعتقوا أحد عبديَّ ، (**وللورثة الخيرة**) فيمن يُعطوه الثلث من الاثنين .

والفرق بين هذه المسألة وما قبلها : أن قوله : أعطوا ثلثِي أحدهما أمرٌ بالتمليك . فصح جعله إلي اختيار الورثة ؛ كما لو قال لوكيله : بع سلعتي من أحد هذين . بخلاف قوله : وصيت . فإنه تمليك معلقٌ بالموت . فلم يصح لمبهمْ .

قال في « الفروع » : ولو وصى بثلثه لأحد هذين أو قال : لجاري أو قريبي فلان باسم مشترك : لم يصح .

وعنه : يصح ؛ كقوله : أعطوا ثلثي أحدهما في الأصح . فقيل يعيِّنه الورثة .

وقيل : بقرعة .

وجزم ابن رزين بصحتها لمجهول ومعدوم ، وبهما .

وجزم الشيخ في « فتاويه » في الصورة الأوَّلة بأنه لا يصح ، واحتج به على أنه لا يصح رجوعه عن إحداهما[2] . فعلى الأوَّلة لو قال : عبدي غانم حر بعد موتي

---

(١) في أ : واختار .

(٢) في أ : أحدهما .

وله مائة وله عبدان بهذا الاسم عتق أحدهما بقرعة ولا شيء له . نقله يعقوب وحنبل .

وعلى الثانية : هي له من ثلثه . اختاره أبو بكر . انتهى كلامه في « الفروع » .

قال ابن قندس في « حواشي الفروع » عند هذه المسألة : قال المصنف في أصوله في العموم في مسألة : يجوز أن يراد بالمشترك معنياه[1] . قال : ولم أجد خلافاً عندنا لو وصى بثلثه لجاره أو قريبه فلان باسم مشترك : لم يعم . وهل تصح الوصية أم لا؟ فيه روايتان عن أحمد . فإن صحت فقيل تعيِّنه الورثة .

وقيل : يقرع .

ويتوجه العموم إن قيل به هنا ، ويحتمل مطلقاً لعمومه[2] بالإضافة ولا يتحقق مانع .

وقال القاضي علاء الدين البعلي في « قواعده » في قاعدة المفرد المضاف يعم : مقتضى القاعدة أنه يصرف إليهما . يعني فيما إذا قال : وصيت لجاري محمد وله جاران بهذا الاسم . فقوله موافق للاحتمال الذي ذكره المصنف في أصوله . واعلم أنه يظهر لي أن ما قالاه ضعيف جداً ؛ لأن العموم ارتفع بقوله محمد أو خالد مثلاً وحيث ارتفع العموم تخصص لصاحب الاسم وذلك الاسم لا يعم كل من اسمه ذلك لأنه علم مشخّص فلا يتناول إلا شخصاً واحداً . وليس من قبيل المشترك لأن المشترك أن يكون اللفظ الواحد معناه متعدد كالعين والقرء على ما ذكروه في تقاسيم[3] الألفاظ ، وأما العلم فإن معناه واحد فالأشخاص المسمى كل واحد منهم بمحمد اسم كل واحد منهم غير اسم الآخر ولكن الألفاظ متشابهة . فصار كأنه قال : أوصيت لشخص واحد اسمه محمد وحصل الإبهام

---

(١) في ج : معينا .
(٢) في أ : لعموم .
(٣) في أ : تقاسم .

بمشابهة الألفاظ : فيبطل أو يعطاه واحد[1] على الخلاف . انتهى .

قال في « الإنصاف » : لو وصى بثلثه لأحد هذين أو قال لجاري أو قريبي فلان باسم[2] مشترك : لم تصح الوصية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

وعنه : تصح كقوله : أعطوا ثلثي أحدهما في أصح الوجهين .

قال في « القواعد الأصولية » : فيما إذا قال : لجاري أو قريبي فلان باسم مشترك : أصح الروايتين عند الأصحاب لا يصح للإبهام[3] . واختار الصحة في غير الأولى القاضي وأبو بكر في « الشافي » وابن رجب . انتهى .

وعبارة ابن رجب في القاعدة الخامسة بعد المائة : فأما إن كان الإبهام في المملك فإن كان على وجه يؤول إلى العلم كقوله : أعطوا أحد هذين كذا : صحت الوصية كما لو قال[4] في الجُعالة : من رد عبدي فله كذا .

وإن كان على وجه لا يؤول إلى العلم كالوصية لأحد هذين ففيه روايتان . وعلى الصحة يميز بالقرعة . وهذه المسألة الأولى التي لم ينسب له فيها اختيار[5] . وقال بعد ذلك بنحو ورقة : ومنها الوصية لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم وله حالتان :

إحداهما : أن يعلم بقرينة أو غيرها[6] أنه أراد واحداً منهما معيناً وأشكل علينا معرفته فهاهنا تصح الوصية بغير تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحق للمال بغيره من الزوجة المطلقة والسلعة المبيعة وغيرهما[7] .

---

(١) في ج : أحد .

(٢) في ج : اسم .

(٣) في ج : الإبهام .

(٤) في أ : كقوله : أعطوا هذين هكذا : صحت الوصية كما قال .

(٥) في ج : الخيار .

(٦) في ج : غيرهما .

(٧) في ج : وغيرها .

والحالة الثانية : أن يطلق وقد يذهل عن[1] تعيين أحدهما بعينه : فهي[2] كالوصية لأحدهما مبهماً . ولذلك حكى الأصحاب في الصحة[3] روايتين . ولكن المنصوص عن أحمد الصحة .

قال صالح : سألت أبي عن رجل مات وله ثلاث غلمان ثلاثتهم اسمهم[4] فرج . فأوصى عند موته فقال : فرج حر ، وفرج له مائة ، وفرج ليس له شيء . قال : يقرع بينهم فمن أصابته القرعة فهو حر . وأما صاحب المائة فلا شيء له وذلك أنه عبد والعبد هو وماله لسيده . وهذا يدل على صحة الوصية مع اشتراك الاسم ؛ لأنه إنما علل البطلان هاهنا بكونه عبداً . فدل على أنه لو كان حراً لا استحق[5] .

وزعم صاحب « المغني » أن رواية صالح تدل على بطلان الوصية . وخالفه صاحب « المحرر » .

ونقل حنبل : قال أبو عبد الله : في رجل له غلامان اسمهما واحد فأوصى عند موته فقال : فلان حر بعد موتي لأحد الغلامين ، وله مائتا درهم ، وفلان ليس هو حر ، واسمهما واحد . قال : يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر . وأما صاحب المائتين فليس له شيء . وذلك أنه عبد والعبد وماله لسيده .

وهذه تدل[6] على ما دلت عليه رواية صالح . لكن السؤال يقتضي أن الموصى له بالمائتين هو العتيق والجواب يدل على خلافه ، ومن ثَمَّ زعم صاحب « المحرر » أنها تدل على بطلان الوصية للإبهام . وليس كذلك[7] . لأنه إنما علل بكونه عبداً لم يعتق . وتأولها القاضي وابن عقيل على أن الوصية لم تصح

---

(١) في أ : ممن .

(٢) في ج : فهو .

(٣) في ج : الوصية .

(٤) في أ : اسم .

(٥) في أ : يستحق .

(٦) في ج : دلت .

(٧) في أ : لذلك .

لكونه عبداً حال الإيصاء ، ولا تكفي حريته حال الاستحقاق . وعلى هذا فلا تصح الوصية لأم الولد والمدبر وهو ضعيف جداً . وجواب أحمد يتنزل على أن الموصى له بالدراهم غير المعتق .

ونقل يعقوب بن بختان : أن أبا عبد الله سُئل عن رجل له ثلاث غلمان اسم كل واحد منهم فرج . فقال : فرج حر ولفرج مائة درهم فقال : يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو حر . والذي أوصى له بالمائة لا شيء له لأن هذا ميراث .

وهذه الرواية من جنس ما قبلها حيث علل فيها ببطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراثاً للورثة . فهذه الروايات التامة التي ساقها الخلال في « الجامع » وكلها دالة على الصحة . وهو قول القاضي وساقها أبو بكر في « الشافي » على أن الموصى له بالدراهم هو المعتق وأن أحمد صحح الوصية له في رواية صالح وأبطلها في رواية حنبل .

قال أبو بكر : وبالصحة أقول .

وفي « الخلال » أيضاً عن مهنا : أن أحمد قال في رجلين شهدا على رجل أنه أوصى عند موته فقال : لفلان بن فلان من أصحاب فلان ألف درهم ، أو أحاله بها ، والشهود لا يعرفون فلان بن فلان . كيف[1] يصنعون وقد مات الرجل ؟ فقال : ينظرون في أصحاب فلان فيهم فلان بن فلان في أصحاب فلان ؟ . قلت : فإن جاء رجلان فقال : كل منهما أنا فلان بن فلان من أصحاب فلان . قال : فلا يدفع إليهم شيء حتى يكون رجل واحد .

والظاهر : أن أحمد لم يتوقف في الدفع إلا ليتيقن[2] المستحق من غيره . لا لصحة الوصية . فإنها هاهنا لمعينين في نفس الأمر . وإنما اشتبه علينا لاشتراك الاسمين . فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق إذا رجي انكشاف الحال . وأما مع الإياس من ذلك فيتعين تعيين المستحق بالقرعة . قاله بعض أصحابنا المتقدمين وهو الحق . انتهى .

---

(١) في أ : فكيف .

(٢) في ج : لتيقن .

ومن أجل هذه العبارة ذكر في « الإنصاف » أنه[1] ممن اختار الصحة في غير المسألة الأولى وهي الوصية لأحد هذين .

وذكر ابن رجب أيضاً في آخر القاعدة المذكورة عن الشيخ تقي الدين : أنه أفتى فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجهل اسمه أنه يميز بالقرعة .

(**ولو وصى**) إنسان (**ببيع عبده**) المعين لمعين من اثنين ؛ كما لو قال لوصيه : بعه (**لزيد** ، **أو**) قال : بعه (**لعمرو** ، **أو**) أبهم فقال : بعه (**أحدهما** : **صح**) . وتكون الخيرة في الأخيرة فيمن يبيعه إياه منهما للوصي ؛ لأن الموصي جعل لوصيه[2] تعيين ما شاء منهما والوصية ببيع شيء لمن يعينه الموصي أو وصيه في ذلك فيها غرض مقصود عرفاً فصحت الوصية به . ثم هذا تارة يكون الغرض الإرفاق بالعبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملكة وإعتاق الرقاب ، وتارة يكون الغرض الإرفاق بالمشتري لمعنى يحصل له من العبد . فلو تعذر بيع العبد لذلك الشخص أو أبى أن يشتريه[3] بثمن عيّنه الموصي أو بقيمته إن لم يعين الثمن : بطلت الوصية .

(**لا**) الوصية ببيعه (**مطلقاً**) فإنها لا تصح ؛ لأنها لا بد لها من مستحق ، ولا مستحق[4] هاهنا .

(**ولو وصى له**) أي إنسان (**بخدمة عبده سنة ثم هو**) أي العبد بعد خدمته للموصى له سنة (**حرٌّ** ، **فوهبه**) أي وهب الموصى له بالخدمة العبد (**الخدمةَ**) عند ابتداء المدة (**أو رد**) الوصية بالخدمة : (**عتق**) العبد عتقاً (**منجزاً**) .

قال في « الفروع » : وذكر الشيخ لا . انتهى .

ولم يذكر في « المغني » القول بتنجيز العتق مع هبة الخدمة للعبد أو رد الوصية إلا عن ملك .

---

(١) في أ : فإنه .

(٢) في ج : الوصية .

(٣) في ج : وأبى أن يشتري .

(٤) في ج : يستحق .

وعلم مما تقدم أنه لو خدمه بعض المدة ثم وهبه ما بقي منها أنه يعتق بمجر الهبة . (**ومن وصَّى بعتق عبد بعينه ، أو وقْفه : لم يقعْ**) العتق أو الوقف (**حتى ينجزّه وارثه**) ؛ لأن الوصية أمر بالفعل[1] في هذه الصورة فلم يقع إلا بفعل المأمور أشبه التوكيل في العتق أو الوقف فإنه لا يقع حتى يفعله الوكيل . لكن هنا يلزم المأمور أن يفعل لأنه[2] تنفيذ وصية .

(**فإن أبى : فحاكم**) . ويكون حراً أو وقفاً من حين أعتق أو وقف . وولاؤه للموصي . (**وكسبه**) أي الموصى بعتقه أو وقفه (**بين موت**) أي موت الموصي (**و**) بين (**تنجيز**) لما أوصي به من العتق أو الوقف (**إرثٌ**) أي لا للمعتق[3] ولا للموقوف عليه ؛ لأن ذلك إنما يكون بالتنجيز فما قبله إرث .

وذكر جماعة في الموصى بعتقه أن كسبه بين موت سيده وبين تنجيز عتقه له . ذكره في « الفروع » ثم قال : ويتوجه مثله في موصى بوقفه .

وفي الروضة : الموصى بعتقه ليس بمدبر وله حكم المدبر في كل أحكامه . انتهى .

* * *

---

(١) في ج : بالمعروف .

(٢) في ج : لأن .

(٣) في أ : أي للمعتق . بإسقاط لفظ : لا .

[باب : أحكام الموصى به]

هذا (**باب**) أحكام (**الموصى به**) وهو آخر أركان الوصية الأربعة . وهي : موص وصيغه وموصى له وموصى به .

و (**يعتبر إمكانه**) قاله في « الفروع » . (**فلا تصح**) الوصية (**بمدبَّر**) لعدم إمكانه بحريته بموت الموصي . ولا بحمل أمته الآيسة ولا بخدمة أمته الزَّمِنَة .

(**و**) يعتبر أيضاً (**اختصاصه**) أي اختصاص الموصي بالموصى به .

قال في « الفروع » : وفي « الترغيب » وغيره : اختصاصه به .

(**فلا تصح**) وصية إنسان (**بمال غيره ولو مَلَكَه بعدُ**) ؛ كما لو قال : أوصيت[1] لك بثلث مال زيد . فإن الوصية لا تصح ولو ملك الموصي مال زيد بَعد الوصية ؛ لفساد الصيغة حينئذ بإضافة المال إلى غيره .

(**وتصح**) الوصية (**بإناء من ذهب و**) بإناء (**فضة**) ؛ لأنه مال يباح الانتفاع به على غير هذا الوجه بأن يكسره ويبيعه ، أو يغيره عن هيئته بأن يجعله حلياً يصلح للنساء ، أو نحو ذلك . فصحت الوصية به ؛ كالأمة المغنِّية .

(**و**) تصح الوصية أيضاً (**بما يعجز**) الموصي (**عن تسليمه**) لو كان واجباً عليه حال الوصية ؛ (**كآبق**) من رقيق ، (**وشارد**) من دواب ، (**وطير بهواء ، وحمل ببطن ، ولبن بضرع**) ؛ لأن الوصية أجريت مجرى الميراث . وهذا يورث فيوصى به . وللوصي السعي في تحصيله . فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث .

ولا فرق في الحمل بين أن يكون حمل أمة أو حمل بهيمة مملوكة ؛ لأن الغرر

---

(١) في ج : وصيت .

لا يمنع الصحة . فجرى مجرى إعتاقه . ويعتبر وجوده في الأمة بما يعتبر به وجود الحمل الموصى له . وإن كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام .

(و) تصح الوصية أيضاً[1] بشيء (**معدوم**) ؛ لأنه يجوز أن يُملك بالسلم والمضاربة والمساقاة . فجاز أن يُملك بالوصية ؛ وذلك (كـ) وصيته[2] (**بما تحمل أمته**) أبداً ، أو مدة معينة ، (**أو**) بما تحمل (**شجرته أبداً ، أو مدة معينة**) كسنة وسنتين ونحو ذلك .

ولا يضمن الوارث السقي ؛ لأنه لم يضمن تسليمها . بخلاف مشتر .

(**و**) كوصيته (**بمائة**) من دراهم أو غيرها (**لا يملكها**) الموصي حال الوصية . وليس هذا من قبيل الوصية بمال غيره لأنه لم يضفها إلى ملك إنسان سواه .

إذا تقرر هذا (**فإن حصل شيء**) من نماء ما في ملكه[3] مما أوصى به ، (**أو قدر على المائة**) التي لم تكن في ملكه ، (**أو**) على (**شيء منها عند موتٍ**) أي موت الموصي : (**فله**) أي فهو للموصى له به بمقتضى الوصية . (**إلا حمل الأمة**) الموصى له به (**فـ**) تكون له (**قيمته**) .

قال في « الفروع » : نص عليه . انتهى .

قال ابن قندس في « حواشي الفروع » : ولم أجد هذا النقل في غير هذا الكتاب . ولعل وجهه مراعاة عدم التفرقة بين ذوي الأرحام في الملك . انتهى[4] .

(**وإلا**) أي وإن لم يحصل من ذلك شيء[5] : (**بطلت**) الوصية ؛ لأنها لم تصادف محلاً ؛ كالوصية بثلثه ولم يخلف شيئاً . وتكون قيمة الولد مع رقه على

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في أ : وصية .

(٣) في أ : ما ملكه .

(٤) ساقط من أ .

(٥) ساقط من أ .

مالك[1] الأمة . ومع حريته ورق الأمة كما لو وطئت بشبهة على واطئ . وإن لم تحمل حتى صارت حرة لم يكن للموصى له شيء . والله أعلم .

(و) تصح الوصية أيضاً (**بغير مال ؛ ككلب مباح النفع . وهو كلب صيدٍ وماشية وزرع**) .

وقيل : وبيوت .

(**وجرو لما يباح اقتناؤه له**) مما ذكر .

قال في « الفروع » : والأصح وتربية صغير لأحدها .

(**غيرُ**) كلبٍ (**أسود بهيم**) ؛ لكونه لا يباح صيده ولا اقتناؤه .

ووجه صحة الوصية بذلك : أن فيه نفعاً مباحاً وتقر اليد عليه وتنتقل اليد فيه إلى الورثة عند الموت . فصح نقلها إلى الموصى له .

ومحل صحة الوصية[2] إن كان للموصي كلب . (**فإن لم يكن له كلب : لم تصح**) الوصية . ولو قال : من كلابي أو من مالي ؛ لأنه لا يصح شراء الكلب لأنه لا قيمة له . بخلاف ما لو أوصى بمتقوم أو مثلي[3] ليس في ملكه فإن الموصى له يُشترى له ذلك من التركة .

قال في « الإنصاف » : أما إن كان عنده ما يصيد به ولم يصد به ، [أو يصيد به][4] عند الحاجة إلى الصيد ، أو لحفظ ماشية أو زرع إن[5] حصلا : فخلاف . قاله في « الفروع » ،

وذكره في « المغني » و« الشرح » احتمالين مطلقين . ذكره في البيع .

قلت : الذي يظهر أن ذلك كالجرو الصغير . وقدم في « الكافي » الجواز ، وقدمه ابن رزين .

---

(١) في أ : ذلك .

(٢) في ج : وصحة الوصية ، بإسقاط لفظ محل .

(٣) في أ : مثل .

(٤) زيادة من « الإنصاف » ٧ : ٢٥٤ .

(٥) في أ : أو .

وجعل في « الرعاية » : الكلب الكبير الذي لا يصيد به بل لهواً كالجرو الصغير .

وأطلق الخلاف فيه . وجزم بالكراهة في « آداب الرعايتين » .

وقال في « الواضح » : الكلب ليس مما يملكه .

وفي طريقة بعض الأصحاب إنما يصح لملك اليد الثابت[1] له ؛ كخمر تخلل . ولو مات من في يده خمر وُرِث عنه . فلهذا يورث الكلب نظراً إلى اليد حساً .

ثم قال : تقسم الكلاب المباحة بين الورثة . قاله في « الرعاية » . والموصى له والموصى لهما[2] : بالعدد . فإن تشاحوا : فبقرعة .

ثم قال : لو أوصى له بكلب ، وله ـ أي للموصي ـ كلاب .

قال[3] في « الرعاية » : له أحدها بقرعة . وجزم به ابن عبدوس في « تذكرته » .

وعنه : بل[4] ما شاء الورثة . انتهى .

قلت : وهذا هو الصواب . وأطلقهما الحارثي . انتهى كلامه في «الإنصِاف» .

(**وزيتٍ متنجس لغير مسجد**) ؛ لأن فيه نفعاً مباحاً . وهو جواز الاستصباح به .

قال في « التنقيح » : إن جاز الاستصباح به . انتهى .

والمذهب جوازه في غير المسجد .

(**وله**) أي للموصى له بالكلب والزيت (**ثلثيهما**) حتى (**ولو كثر المال**) المخلف عن الموصي .

---

(١) في ج : الثابتة .
(٢) في ج : الموصى له والموصى لهم .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في أ : بلى .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب . قدمه في « الرعايتين » و« الفروع » و« الفائق » واختاره في « المحرر » . انتهى .

ووجه ذلك : أن للموصي حق اليد عليه . فلا يملك إزالة ذلك عن ورثته بالكلية ؛ كسائر حقوقه .

ولأن هذا ليس بمال ولا يقابَل بشيء من ماله . فيعتبر بنفسه ؛ كما لو لم يكن له مال سواه .

وقيل : إن كان له مال سواه وإن قلَّ فللموصى له كل الزيت ؛ لأن المال وإن قلَّ خير من النجاسة . فيكون ذلك المال[١] للورثة في مقابلة الموصى به . جمعاً بين الحقين .

قال الحارثي : ويحتمل وجهاً ثالثاً وهو أن يضم إلى المال بالقيمة . فتقدر المالية فيه كتقديرها في الجزء في بعض الصور . ثم يعتبر من الثلث كأنه مال قال : وهذا أصح . انتهى .

وإن وصى لشخص بثلث ماله ولآخر بكلابه أو بزيته المتنجس: فله ثلث ذلك وجهاً واحداً؛ لأن ما حصل للورثة من ثلثي المال قد[٢] جازت الوصية فيما يقابله[٣] من حق الموصى له وهو الثلث . فلا يحتسب عليهم في حق الزيت أو الكلاب .

وعلم مما تقدم أن من أوصي له بثلاثة من الكلاب لم يكن له إلا واحد منها .

ومحل ذلك (**إن لم تجز الورثة**) الوصية في جميعه ؛ لأن الحق في الزائد عن الثلث لهم .

و (**لا**) تصح الوصية (**بما لا نفع فيه كخمر وميتة ونحوهما**) كخنزير ؛ لأن الانتفاع بذلك محرم ، فكانت الوصية به وصية بمعصية . فلم تصح ؛ كما لو أوصى بأن يكفن في جلود الميتة .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) في ب : فقد .

(٣) في ج : مقابله .

(**وتصح**) الوصية (**بمبهم ؛ كثوب**) . فإنه يشمل المنسوج من الصوف والقطن والكتان والحرير والمتروك على هيئته والمصبوغ والكبير والصغير ونسج كل بلد ؛ لأن غاية ذلك أنه مجهول ، وإذا صحت بالمعدوم فالمجهول أولى .

(**ويعطى**) أي تعطي الورثة الموصى له بثوب (**ما يقع عليه الاسم**) أي اسم ثوب[1] ؛ لأنه اليقين .

(**فإن اختلف**) اسم الموصى به (**بالعرف والحقيقة**) اللغوية : (**غُلِّبت**) بالتضعيف والبناء للمفعول . يعني أنه يعمل بمقتضى الحقيقة مع مخالفة العرف لها[2] ؛ لأنها الأصل . ولهذا يحمل عليها كلام الله سبحانه وتعالى ، وكلام رسول الله ﷺ .

(**فـ**) على هذا تكون (**شاة وبعير وثور**) إذا وصي[3] بواحد منها متناولاً (**لذكر وأنثى**) ، ويتناول لفظ : الشاة الضأن والمعز والصغير بدليل قوله ﷺ : « في أربعين شاةٍ شاةٌ »[4] .

والبعير بفتح الموحدة وكسرها في لسان العرب للذكر والأنثى لقولهم : حلبت البعير يريدون الناقة . فالجمل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة . وكذلك القَلوص والبعير كالإنسان . ذكره في « المغني » . وكذا الحكم في لفظ الثور .

ولا فرق في ذلك بين أن يقول : أوصيت له بثلاث أو بثلاثة من غنمي أو إبلي أو بقري أو نحو ذلك . فلذلك قلت (**مطلقاً**) .

وقيل : إن قال بثلاثة[5] أو أربعة أو نحو ذلك مما اتصلت به الهاء فهو للذكور ، وإن قال : بثلاث أو أربع أو نحوهما بدون هاء فهو للإناث .

---

(١) في ج : الثوب .

(٢) في أ : يعني أنه يعمل بالحقيقة مع مخالفة العرف .

(٣) في أ : أوصى .

(٤) أخرجه أحمد في « مسنده » (١١٣٢٥) ٣ : ٣٦ .

(٥) في ج : ثلاثة .

وقيل : يغلب العرف فتكون الشاة للأنثى ، والبعير للذكر من الإبل ، والثور للذكر من البقر ؛ لأنه المتبادر إلى الفهم .

(**وحِصان**) بكسر الحاء المهملة (**وجمل**) بفتح الميم[1] وسكونها (**وحمار وبغل وعبد** : **لذكر**) فقط . لكن في العبد قول أنه للذكر والأنثى .

واستُدل بكونه[2] للذكر فقط بقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ [النور : ٣٢] . فإن المعطوف يغاير المعطوف عليه ظاهراً . ولأنه[3] في العرف كذلك . فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكَّله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة . فلا تنصرف الوصية إلا إلى الذكر .

(**وحِجْر**) بكسر الحاء المهملة ثم بسكون الجيم وآخرها[4] راء . الأنثى من الخيل .

قال في « القاموس » : وبالهاء لحن . انتهى .

(**وأتان**) : الحمارة . قال في « القاموس » : والأتانة قليلة . انتهى .

(**وناقة وبقرة لأنثى**) . قاله في « الإنصاف » .

(**وفرس ورقيق** : **لهما**) . أي للذكر والأنثى ويكونان للخنثى أيضاً .

(**والدابة اسم لذكر وأنثى من خيل وبغال وحمير**) .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم فتقيد يمين من حلف لا[5] يركب دابة بها .

وفي « الترغيب » : وجه في وصيته بدابة يُرجع إلى عرف البلد .

---

(١) في ج : الجيم . وهو تصحيف .
(٢) في ج : لكونه .
(٣) في أ : ولأن .
(٤) في أ : وآخر .
(٥) في أ : ألا .

وذكر أبو الخطاب في « التمهيد » في الحقيقة العرفية : أن الدابة اسم للفرس عرفاً . وعند الإطلاق تنصرف إليه . وذكره في « الفنون »[1] عن أصولي . يعني نفسه . قال : لأن لها نوع قوة من الدبيب . ولأنه ذو كَرٍّ وفرٍّ . انتهى .

ووجه المذهب : أن الاسم في العرف يقع على جميع ذلك . لكن إن قرن به ما يصرفه إلى أحدها ؛ مثل إن قال : دابة يقاتل عليها أو يسهم لها[2] انصرف إلى الخيل . وإن قال : دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال ؛ لأنه لا نسل لها وخرج منه الذكور لذلك .

(و) تصح الوصية أيضاً (**بغير معين كعبد من عبيده**) ولا يسميه ، (**ويعطيه الورثة ما شاؤوا منهم**) أي من عبيده .

قال في « المقنع » : في ظاهر كلامه .

قال في « الإنصاف » : وهو إحدى الروايتين . ونص عليه في رواية ابن منصور وهو المذهب . اختاره القاضي وأبو الخطاب والشريف أبو جعفر في « خلافيهما »[3] والشيرازي والمصنف وابن عبدوس في « تذكرته » وقدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » وصححه في « النظم » .

وقال الخرقي : يعطى واحداً بالقرعة . وهو رواية عن أحمد . اختاره ابن أبي موسى وصاحب « المحرر » وأطلقهما في « الفروع » .

وقال في « التبصرة » : هاتان الروايتان في كل لفظ احتمل معنيين . قال : ويحتمل حمله على ظاهرهما . انتهى .

ووجه المذهب : أن ما يعطيه الورثة من عبيد الميت من صحيح أو معيب أو جيد أو رديء أو كبير أو صغير يتناوله اسم العبد . فأجزأ ؛ كما لو وصى بعبد ولم يضفه إلى عبيده .

---

(١) في أ : « الإنصاف » .
(٢) في أ : سهم له .
(٣) في ج : فيهما .

(**فإن ماتوا**) أي عبيد الموصي بعد موته (**إلا واحد : تعينت**) الوصية (**فيه**) ؛ لتعذر تسليم الباقي .

(**وإن قُتلوا**) كلهم بعد موته : (**فله**) أي فللموصى[1] له (**قيمة أحدهم**) الذي يختار الورثة أن يعطى للموصى له قيمته (**على قاتل**) له . كما يلزم[2] القاتل قيمته وإن لم يكن موصى به .

(**وإن لم يكن له**) أي للموصي (**عبد**) حال الوصية (**ولم يملكه**) أي يملك عبداً (**قبل موته : لم تصح**) الوصية ؛ كما لو أوصى له بما في كيسه ولا شيء فيه .

وتبطل إن ماتوا كلهم قبل موت الموصي ؛ لأن الوصية إنما تلزم بالموت ، ولا رقيق له حينئذ .

(**وإن ملك**) من ليس له عبيد حين الوصية (**عبداً واحداً**) بعدها[3] ، (**أو كان له**) حين الوصية عبد واحد : (**تعين**) كونه للموصى له ؛ لأنه لم يكن للوصية محل غيره .

(**وإن قال**) الموصي : (**أعطوه عبداً من مالي ، أو**) أعطوه (**مائة من أحد كيسيّ . و**) الحال أنه (**لا عبد له**) في ماله[4] في المسألة الأولى ، (**أو لم يوجد فيهما**) أي في الكيسين (**شيء**) في المسألة الثانية : (**اشتري له ذلك**) الموصى به من مال التركة ؛ لأنه لم يقيد ذلك[5] بكونه في ملكه ، وقد قصد أن يصل له من ماله[6] ذلك الموصى به[7] . وقد أمكن ذلك بشرائه من الثلث . فنفذت الوصية .

---

(١) في أ : للموصى .
(٢) في أ : لو يلزم .
(٣) في أ : بعدما .
(٤) في ج : حالة .
(٥) في ج : بذلك .
(٦) في ج : مال .
(٧) ساقط من أ .

وقيل : إن مات قبل أن يملك عبداً أو يجعل في أحد الكيسين مائة : بطلت الوصية .

(**و**) من وصى لإنسان (**بقوس**) مبهم صحت الوصية ؛ لما في القوس من المنفعة المباحة . ولأن جهالتها لا تنافي صحة الوصية .

(**و**) حيث تقرر ذلك فلو كان (**له**) أي للموصي (**أقواس**) منها : ما هو (**لرمي**) بنشاب . وهي[1] القوس الفارسية . أو لرمي بنبل وهي القوس العربية . أو قوس بمجرى أو قوس زنبور أو جرح .

(**و**) منها ما هو لرمي (**بندق**) ويسمى قوس جلاهق .

قال في « القاموس » : الجلاهق كغلابط البندق الذي يرمى به . وأصله بالفارسية جلة وهي كبة غزل والكبير جلها وبها سمي الحائك .

ومنها قوس (**نَدْفٌ** .

فله) أي للموصى له من ذلك (**قوس النشاب ؛ لأنها أظهرها . إلا مع صرف قرينة إلى غيرها**) .

قال في « الإنصاف » : وهذا المذهب . صححه المصنف وغيره . وجزم به في « الوجيز » وغيره وقدمه في « الفروع » و« الفائق » و« الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« النظم » .

قال الحارثي : وهو الأصح . انتهى .

وقيل : له مع عدم القرينة واحد منها ؛ كالوصية بعبد من عبيده .

وقيل : له واحد منها غير قوس البندق .

وقيل : له قوس النشاب ، أو النبل .

ومن أمثلة صرف القرينة عن قوس النشاب : لو كان الموصى له ندافاً[2]

---

(١) في أ : وهو .

(٢) في ج : نداف .

لا عادة له بالرمي . أو كانت عادته رمي الطيور بالبندق : فإنه ينصرف في المسألة الأولى لقوس الندف .

وفي الثانية : لقوس البندق ؛ لأن ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به .

وعلم مما تقدم : أنه لو لم يكن له إلا قوس واحدة من هذه القسيِّ : تعينت الوصية فيها . وإن كان عنده أقواس النشاب فللورثة أن يعطوه ما شاؤوا منها ؛ كالوصية بعبد من عبيده .

(**ولا يدخل وَتَرُها**) أي وتر القوس في الوصية بقوس ؛ لأن الاسم يقع عليها دونه . وفيه وجه : أنه يدخل ؛ لأنه لا ينتفع بها إلا به .

(و) من وصى لإنسان (**بكلب أو طبل**) وله منها ما هو محرم كالكلب الأسود البهيم وطبل اللهو . (**وثَمَّ**) بفتح المثلثة (**مباحٌ**) من الكلاب كالذي يجوز اقتناؤه ، ومن[1] الطبول كطبل[2] الحرب : (**انصرف**) اللفظ (**إليه**) ؛ لأن وجود المحرم كعدمه شرعاً . فلا يشمله اللفظ عند الإطلاق .

وقيل : لا تصح الوصية بمباح ومحرم معاً .

(**وإلا**) أي وإن لم يكن عنده كلب مباح ولا طبل مباح : (**لم تصح**) الوصية ؛ لأن الوصية بالمحرم معصية . ولعدم المنفعة المباحة فيه . فلو كان عنده طبل يصلح للحرب وللهو معاً صحت الوصية به لقيام المنفعة المباحة فيه .

وعلم مما تقدم : عدم صحة الوصية بالمزمار والطنبور ولو لم يكن فيه أوتار ؛ لأنه مهيأ لفعل المعصية . أشبه ما لو كان فيه أوتار .

(**ولو وصى**) إنسان (**بدفن كتب العلم : لم تدفن**) .

قال في « الفروع » : قاله أحمد . وقال : ما يعجبني .

ونقل الأثرم : لا بأس .

---

(١) في أ : من .
(٢) في ج : لطبل .

ونقل غيره : تحسب من ثلثه .

وعنه : الوقف .

قال الخلال : الأحوط دفنها . انتهى كلامه في « الفروع » .

ووجه المذهب : أن العلم مطلوب نشره ودفنه مناف لذلك . والله أعلم .

(**ولا يدخل فيها**) أي في كتب العلم (**إن وصى بها لشخص كتب الكلام**) .

قال في « الفروع » : قال ابن الجوزي ـ إما من عنده أو حكاية[1] عن الشافعي ولم يخالفه ـ : لو أن رجلاً وصى[2] بكتبه من العلم لآخر ، وكان فيها كتب الكلام : لم تدخل في الوصية لأنه ليس من العلم . انتهى .

واقتصر على ذلك .

(**ومن وصى بإحراق ثلث ماله : صح . وصرف في تجمير**[3] **الكعبة**) أي تبخيرها . (**و**) في (**تنوير المساجد**) . ذكره ابن عقيل واقتصر عليه في « الفروع » .

(**و**) من أوصى بثلث ماله (**في التراب**) فإنه (**يصرف في تكفين الموتى**) . قاله ابن عقيل وابن الجوزي واقتصر عليه في « الفروع » .

(**و**) من وصى بثلث ماله (**في الماء**) : فإنه (**يصرف في عمل سفر للجهاد**) . قاله ابن عقيل وابن الجوزي واقتصر عليه في « الفروع » .

(**وتصح**) الوصية (**بمصحف ليُقرأ فيه**) ؛ لأن تلاوة القرآن قربة . فصحت الوصية بما يعين عليها ؛ كالوصية بفرس يُغزا[4] عليه . (**ويوضع**) المصحف الموصى به (**بمسجد**) ؛ لأنه محل الطاعات ، (**أو موضع حريز**) خشية أن يُسرق .

---

(١) في أ : حكاه .

(٢) في ج : أوصى .

(٣) في ج : تجهيز .

(٤) في ج : يغزو .

(**وتنفذ وصية**) أي وصية الموصي بجزء مشاع من ماله كالربع والخمس (**فيما عُلم من ماله وما لم يُعلم**) .

قال في « الإنصاف » : جزم به في « المغني » و« الشرح » وغيرهما ولا أعلم فيه خلافاً . انتهى .

وقال في « المبدع » بعد أن ذكر المسألة في كلام « المقنع » : وعنه إن علم به . وحكى ذلك عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة . إلا في[1] المدبر فإنه يدخل في كل شيء . والأول أشهر ؛ لأن الوصية بجزء من ماله لفظ عام . فيدخل فيه ما لم يعلم به من ماله ؛ كما لو نذر الصدقة بثلثه .

(**فإن وصى**) إنسان (**بثلثه فاستحدث مالاً**) بعد الوصية (**ولو بنصب أُحْبُولة قبل موته ، فيقعُ فيها صيد بعده : دخل تحت ثلثه**) أي ثلث المال المستحدث[2] (**في الوصية**) .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه الأصحاب . انتهى .

قال في « المحرر » : ومن وصى بثلث ماله تناول المتجدد[3] والموجود ، وإن لم يعلم به .

وعنه : لا يتناول المتجدد . إلا أن يعلم به ، أو يقول في وصيته بثلثي يوم أموت . انتهى .

ووجه المذهب : أن المتجدد بعد الوصية ترثه ورثته .

(**ويقضى منه دينه**) . أشبه ما لو ملكه قبل الوصية .

(**وإن قُتل**) عمداً أو خطأ من أوصى بجزء من ماله أو من عليه دين (**فأُخذت ديته : فميراث**) أي فديته ميراث عنه . فتكون من جملة التركة .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب .

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في ج : المستجد .
(٣) في ج : المستجد .

قال[1] الإمام أحمد : قد « قضى النبي ﷺ أن الدية ميراث »[2] . انتهى .

فعلى هذا (**تدخل**) الدية (**في وصية ، ويقضى منها دينه**) أي دين المقتول .

قال في « المغني » : اختلفت الرواية عن أحمد : فيمن أوصى بثلث ماله أوجزء منه مشاع ، فقتل الموصي ، وأخذت ديته . هل للموصي منها شيء أو لا ؟ فنقل مهنا عن أحمد : أنه يستحق منها[3] . وروي ذلك عن علي رضي الله تعالى عنه في دية الخطأ . وهو قول الحسن ومالك .

ونقل ابن منصور عن أحمد : لا تدخل الدية في وصيته وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول إسحاق .

وقال[4] مالك : في دية العمد ؛ لأن الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي . بدليل أن سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله ؛ لأن الحكم لا يتقدم سببه . ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته ؛ لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له . فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا تدخل في الوصية ؛ لأن الميت إنما وصى[5] بجزء من ماله لا بمال ورثته .

ووجه الرواية الأولى : أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها .

ولأن بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته . ولهذا تقضى منها ديونه ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه . وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه . فأما ما تعلقت به حاجته فلا .

ولأنه يجوز أن يتجدد له ملكٌ بعد الموت ؛ كمن نصب شبكة فسقط فيها

---

(١) في أ : قاله .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » ٨ : ١٣٤ جماع أبواب كفارة القتل ، باب ميراث الدية .

(٣) في أ : ما .

(٤) في ج : وقاله .

(٥) في ج : يوصي .

صيد بعد موته . فإنه يملكه بحيث تقضى ديونه منه ويجهز . فكذلك ديته ؛ لأن تنفيذ وصيته من حاجته[1] فأشبهت قضاء دينه . انتهى .

قال في « الإنصاف » : تنبيه : مبنى الخلاف هذا على أن الدية تحدث على ملك الميت أو على ملك الورثة . وفيه روايتان .

والصحيح من المذهب : أنها تحدث على ملك الميت . انتهى[2] .

(**وتحسب**) الدية (**على الورثة**) أي[3] ورثة المقتول (**إن**) كان (**وصى بمعين بقدر نصفها**) على أحد الوجهين المفرعين[4] على الروايتين المتقدمتين .

قال في « المغني » : وإن كانت الوصية بمعين : فعلى الرواية الأولى يعتبر خروجه من ثلث ماله وديته ، وعلى الأخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته ؛ لأنها ليست من ماله .

وفي الدية قول على أنها تركة ولا تدخل في الوصية .

قال في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » : ودية المقتول عمداً أو خطأً تركة تقضى منها ديونه .

وفي وصيته وجهان .

ولو وصى بمعين قدر نصف الدية : فالدية محسوبة على الورثة من ثلثيه[5] .

وقيل : لا .

وعنه : ديته لهم . فلا حق فيها لوصية ولا دين .

وقيل : يقضى منها الدين فقط . نقله في « الإنصاف » .

* * *

---

(١) في أ : حاجة .
(٢) ساقط من أ .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في أ : الفرعين .
(٥) في أ : ثلثه .

[فصل : في حكم الوصية بمنفعة]

(**فصل . وتصح**[1]) الوصية (**بمنفعة مفردة**) عن الرقبة[2] في قول الأكثر ؛ لأنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة . فصحت الوصية بها ؛ كالأعيان .

ولأن الوصية بالمنفعة[3] هبة بعد الموت . فصحت في الحياة ؛ كالمقارنة .

وذلك (كـ) وصية الإنسان[4] (**بمنافع أمته أبداً أو مدة معينة**) كشهر وسنة .

قال ابن رجب في القاعدة السادسة والثمانين : وقد قال أحمد في رواية مهنا : فيمن أوصى بخدمة عبد أو ظهر دابة تركب أو بدار تسكن . فقال : الدار لا بأس بها ، وأكره العبد والدابة لأنهما يموتان .

قال أبو بكر : الذي أقول به أن الوصية تصح في جميع ذلك ؛ لأن الدار تخرب أيضاً .

وحمل القاضي كلام أحمد على الكراهة دون إبطال الوصية .

وقال الشيخ تقي الدين : لم يُرد أحمد أن الوصية لا تجوز إلا بما يدوم نفعه . فإن[5] هذا لا يقوله أدنى من له نظر في الفقه فضلاً عن أن يكون مثل هذا الإمام . وإنما أراد أن العبد والدابة إذا وصى بمنافعهما على التأبيد فلم يترك

---

(١) في ج : تصح .
(٢) في أ : . . . منفردة) عن الدية .
(٣) في ج : بالأعيان .
(٤) في أ : وصيته لإنسان .
(٥) في أ : فإنه .

للورثة ما ينتفعون به . فلا يجوز أن يحتسب[1] ذلك عليهم من الميراث . فإنه لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع . بل هو ضرر محض . وقد شرط الله سبحانه وتعالى لجواز[2] الوصية عدم المضارة . لكن إن قصد الموصي إيصال جميع[3] المنافع [إلى الموصى له فهذه وصية بالرقبة : فلا يحتسب على الورثة منها شيء ، ولا يصح الإيصاء معها بالرقبة . وإن قصد مع ذلك بقاء الرقبة للورثة أو الإيصاء بها لآخر بطلت الوصية لامتناع أن يكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر . ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين فيبطلان . أما إن وصى في وقتٍ بالرقبة لشخص وفي آخر بالمنافع لغيره : فهو كما لو أوصى بعين لاثنين في وقتين .

واستدل على أن تمليك جميع المنافع][4] تمليك للعين بالرقبى والعمرى . فإنها تمليك للرقبة حيث كانت تمليكاً للمنافع في الحياة . وهذا المعنى منتفٍ في الوصية بسكنى الدار ؛ لأن هذا تمليك منفعة خاصة تنتهي بموت الموصى له وبخراب الدار فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك في السكنى في الحياة . انتهى .

وإنما ذكرت هذا لكون ظاهر النص[5] مشكل . فأردت ذكر ما أجيب به عنه . فاسترسل الكلام إلى ذكر[6] اختيار الشيخ تقي الدين في المسألة . والله أعلم .

(**ويعتبر خروج جميعها**) أي جميع الأمة (**من الثلث**) .

قال في « الإنصاف » : وهو الصحيح . وهو ظاهر كلامه في « الوجيز » وصححه في « التصحيح » وقدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » . انتهى .

---

(١) في أ : يجب .
(٢) في أ : جواز .
(٣) في أ : لكن إن قصده الموصي أيضاً وجميع .
(٤) ساقط من أ .
(٥) في أ : النصف .
(٦) في ج : ذلك .

ووجه[1] ذلك : أن المنفعة مجهولة لا يمكن تقويمها على انفرادها . فوجب اعتبار جميع الموصى بمنفعتها[2] .

وقيل : تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة[3] المنفعة فيعتبر ما بينهما .

وقيل : إن وصى بالمنفعة على التأبيد اعتبرت قيمة[4] الرقبة بمنافعها من الثلث ؛ لأن عبداً لا منفعة له لا قيمة له .

وإن كانت الوصية بالمنفعة مدة معلومة اعتبرت المنفعة فقط من الثلث .

(**وللورثة**) أي ورثة الموصي ـ (**ولو أن الوصية**) بمنافع الأمة (**أبداً ـ عتقها**) أي عتق الأمة الموصى بمنافعها ؛ لأنها مملوكة لهم ، ومنافعها للموصى له ، ولا يرجع على معتقها بشيء . وإن أعتقها الموصى له بمنفعتها لم تعتق ؛ لأن العتق للرقبة وهو لا يملكها .

وإن وهبها منافعها قبل عتق الورثة لها : فلهم الانتفاع بها ؛ لأن ما يوهب للرقيق يكون لسيده .

(**ولا**) يجزىء عتق الورثة لها (**عن كفارة**) ؛ كما لا يجزىء عن ذلك عتق الزَّمِنَة .

وقيل : تجزىء كالمؤجرة .

(**و**) للورثة أيضاً (**بيعها**) من مالك النفع ومن غيره ؛ لأنها أمة مملوكة تصح هبتها . فصح بيعها ؛ كغير الموصى بنفعها .

وقيل : لا يصح بيعها إلا لمالك نفعها ؛ لأنه تجتمع له الرقبة والمنفعة . فينتفع بها بذلك . بخلاف غيره .

وقيل : لا يصح بيعها مطلقاً ؛ لعدم نفعها ؛ كالحشرات .

---

(١) في أ : وجود وجه .

(٢) في أ و ب : بنفعها .

(٣) في أ : سلوبة .

(٤) في أ : فيه .

ورُدَّ قياسها على الحشرات بتحصيل الثواب بإعتاقها ، وتحصيل ولائها بالإعتاق .

ولأنه ربما يهبها الموصى له بالنفع نفعها فتكمل لمشتريها .

(و) للورثة أيضاً (**كتابتها**) .

قال في « الفروع » : وفي كتابتها الخلاف . يعني الخلاف الذي في البيع .

(**ويبقى انتفاع وصي**) في مسألة البيع والكتابة (**بحاله**) ؛ لأنه لا معارض له .

(و) للورثة أيضاً (**ولاية تزويجها بإذن مالك النفع**) .

أما كون ولاية تزويجها للورثة فلأنهم المالكون لرقبتها .

وأما كون ذلك لا يكون[1] إلا بإذن مالك المنفعة ؛ لما فيه من الضرر عليه .

ويجب تزويجها بطلبها ؛ لأنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبتها ومنفعتها ولم يطأها : أجبر عليه وقدم حقها على حقه . فهنا أولى .

(**والمهر له**) أي لمالك النفع في كل موضع وجب ؛ لأنه من منافعها . لكن لما لم يجز أن يطأ الموصى له كان بدله له .

وقيل : لمالك الرقبة ؛ لأن[2] منافع البضع لا تصح الوصية بها ؛ لأن تحريم الوطء بالوصية أوجب خروجه من الوصية . وإذا لم يكن الوطء داخلاً في الوصية فكذلك بدله .

قال في « الإنصاف » عن الأول : أنه المذهب . جزم به في « المنور » وغيره وقدمه في « المحرر » وغيره وصححه في « النظم » والحارثي وغيرهما .

قال في « الفائق » : هذا قول الجمهور . انتهى .

وأضافه في « المغني » و« المقنع » للأصحاب .

---

(١) في أ : يملكون .
(٢) في أ : أن .

(**وولدها**) أي الموصى بنفعها (**من شبهةٍ : حُرّ**) لاعتقاد الواطىء أنه وطىء في ملك . (**وللورثة قيمته عند وضع على واطىء**) ؛ لأنه لما امتنع رقه وجب لمن كان له لو لم يمتنع رقه جبر ما فات من رقه . وإنما اعتبرت القيمة عند الوضع ؛ لأنها لا تعلم قبل ذلك . فوجب اعتبارها بأول حالة تعلم بها .

(**و**) للورثة أيضاً (**قيمتها إن قُتلت**) ؛ لأن الإتلاف صادف الرقبة وهم مالكوها .

(**وتبطل الوصية**) لفوات المنفعة ضمناً كبطلان الإجارة بقتل[1] الأمة المستأجرة .

وقيل : يشترى بقيمتها ما يقوم مقامها . اختاره جماعة .

[وقال في « الإنصاف » : عن الأول إنه المذهب . صححه في « التصحيح » وغيره وجزم به في « الوجيز » وغيره][2] وقدمه في « المحرر » و« النظم » و« الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفروع » وغيرهم .

(**وإن جنت**) الأمة الموصى بنفعها (**سلمها وارث**) أي ولي الجناية (**أو فداها مسلوبة**) أي بالأقل من قيمتها مسلوبة المنفعة أو أرش الجناية ؛ لأنه إنما يفوت لو اقتص منها رقبة مسلوبة المنفعة . فلم يكن عليه أكثر من قيمتها كذلك .

(**وعليه**) أي على الوارث (**إن قتلها قيمة المنفعة**) فقط (**للوصيّ**) أي للموصى له بمنفعتها . قاله في « الانتصار » واقتصر عليه في « الفروع » .

وقال[3] في « الإنصاف » بعد أن ذكر كلامه في « الانتصار » : قلت : وعموم كلام المصنف وغيره من الأصحاب أن قتل الوارث كقتل غيره . انتهى .

(**وللوصي**) أي الموصى له بمنفعتها (**استخدامها حضراً وسفراً**) ؛ لأنه مالك لنفعها أشبه مستأجرها للخدمة .

---

(١) في ج : تقبل .
(٢) ساقط من أ .
(٣) في أ : وقاله .

(**وإجارتها**) ؛ لأنه يملك منفعتها ملكاً تاماً . فملك أخذ العوض عنها ؛ كالأعيان . وكما لو كان مستأجراً لها .

(**وإعارتها**) ؛ لأن من ملك إجارة عين لملكه لمنفقها ملك إعارتها .

(**وكذا ورثته بعده**) .

قال في « الفروع » : ونفعها بعد الوصي لورثته . قطع به في « الانتصار » . وأنه يحتمل مثله في هبته نفع داره وسكناها شهراً وتسليمها .

وقيل : لورثة الموصي . انتهى .

وعبارته في « الإنصاف »[1] : لو مات الموصى له بنفعها كانت المنفعة لورثته على الصحيح من المذهب . جزم به [في « الانتصار »][2] في الأجرة بالعقد . وقال : يحتمل مثله في هبة نفع داره وسكناها شهراً وتسليمها . وقدمه في « الفروع » .

وقيل : بل لورثة الموصي .

قلت : وينبغي أن يكون الحكم كذلك فيما إذا مات الموصى له برقبتها أن تكون الرقبة لوارثه . انتهى كلامه في « الإنصاف » .

(**وليس له**) أي للموصى له بنفع الأمة (**ولا لوارث**) أيضاً (**وطؤها**) .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

وقال في « الترغيب » : في جواز وطء مالك الرقبة وجهان . انتهى .

ووجه المذهب : أن مالك المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو بزوج لها . ولا يباح الوطء بغيرهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾ [المؤمنون : ٦] . ومالك الرقبة لا يملك الأمة[3] ملكاً تاماً . بدليل أنه

---

(١) في ج : الانتصار .

(٢) ساقط من أ .

(٣) في أ و ج زيادة : ولا هو بزوج لها ولا يباح الوطء بغيرهما . وهي مكررة . وقد ذكرت قبل عدة=

لا يملك الاستقلال بتزويجها . بخلاف مالك الأمة المؤجرة .

(**ولا حد به**) أي بوطئها (**على واحد منهما**) ؛ لأنه وطء شبهة لوجود الملك لكل **منهما** فيها[1] .

(**وما تلده**) من واحد منهما : فهو (**حر**) ؛ لأنه من وطء شبهة .

(**وتصير إن كان الواطىء مالك الرقبة**) بما[2] **تلده** منه (**أم ولد**) ؛ لأنها علقت منه بحر في ملكه ، وعليه المهر لمالك المنفعة دون قيمة[3] الولد .

وإن ولدت من مالك المنفعة لم تصر أم ولد له ؛ لأنه لا يملكها . وعليه قيمة الولد يوم وضعه لمالك الرقبة .

(**وولدها من زوج**) لم يشترط حريته (**أو**) من (**زنا** : **له**) أي لمالك الرقبة .

قال في « الإنصاف » : قدمه في « المحرر » و« الفروع » و« النظم » وجزم به في « المنور » . وهذا المذهب على ما اصطلحناه في الخطبة . انتهى .

ووجه ذلك : أنه ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها فكان لمالك الرقبة .

وقيل : هو بمنزلتها ؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها . أشبه ولد المكاتبة . وجزم بهذا القول في « الهداية » و« المذهب » و« مسبوك الذهب » و« المستوعب » و« الخلاصة » و« الكافي » و« شرح ابن منجى » . وقدمه في « الرعايتين » و« الحاوي الصغير » و« الفائق » و« الشرح » . نقل ذلك في « الإنصاف » .

(**ونفقتها**) أي نفقة الموصى بنفعها (**على مالك نفعها**) .

= أسطر .

(١) في ج : منها .

(٢) في أ : مما .

(٣) في أ : القيمة .

قال في « الإنصاف » : وهو المذهب صححه في « التصحيح » . واختاره المصنف والشارح وجزم به في « المنور » و« منتخب الأزجي » وقدمه في « الخلاصة » و« المحرر » و« النظم » و« تجريد[1] العناية » .

وزاد في « المغني » : وهو قول أصحاب الرأي والاصطخري . وهو أصح إن شاء الله تعالى ؛ لأنه يملك النفع على التأبيد. فكانت النفقة[2] عليه ؛ كالزوج .

ولأن نفعها له فكان عليه ضررها كالمالك لهما جميعاً . يحققه[3] : أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضررٌ مجرد . فيصير معنى الوصية : أوصيت لك بنفع أمتي وأبقيت على ورثتي ضرها .

وقيل : على مالك الرقبة .

[قال في « الإنصاف »][4] : وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد[5] . وجزم به في « الوجيز » وأبو الخطاب في « رؤوس المسائل » وابن بكروس وغيرهم . وعن القاضي مثله . وقدمه في « الرعايتين » و« الفائق » و« الحاوي الصغير » . انتهى .

قال في « المغني » : وهو قول أبي ثور وظاهر[6] مذهب الشافعي ؛ لأن النفقة على الرقبة . فكانت على صاحبها ؛ كالعبد المستأجر . وكما لو لم يكن لها منفعة .

قال الشريف : ولأن الفطرة تلزمه . والفطرة تتبع النفقة . ووجوب التابع على إنسان دليل على وجوب المتبوع عليه . انتهى .

وقيل : تجب نفقتها في كسبها . فإن عدم ففي بيت المال .

---

(١) في أ : وتحرير . وهو تصحيف .
(٢) في أ : المنفعة .
(٣) في ج : بحقيقة .
(٤) ساقط من أ .
(٥) في أ : مذهب الأحمد .
(٦) في ج : وهذا .

(**وإن وصى**) مالك أمة (**لإنسان برقبتها ولآخر بمنفعتها : صح**) ؛ لأن الموصى له برقبتها ينتفع بثمنها ممن يرغب في ابتياعها[1] وبعتقها وما يترتب عليه ، والموصى له بالمنفعة بما ينتفع به لو[2] لم يوص برقبتها .

(**وصاحب الرقبة**) أي الموصى له بها (**كالوارث**) يعني أنه يقوم مقامه (**فيما ذكرنا**) .

قال في « المغني » : وإذا أوصى[3] لرجل بحب زرعه ولآخر بنبته[4] : صح والنفقة[5] بينهما ؛ لأن كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع .

فإن امتنع أحدهما من الإنفاق فهما بمنزلة الشريكين في أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه والإنفاق عليه . فيخرج في ذلك وجهان :

أحدهما : يجبر على الإنفاق عليه . هذا قول أبي بكر ؛ لأن في ترك الإنفاق ضرراً عليهما وإضاعة للمال . وقد قال النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[6] .

و « نهى عن إضاعة المال »[7] .

والوجه الآخر : لا يجبر ؛ لأنه لا يجبر على الإنفاق على مال نفسه ولا مال غيره إذا كان كل واحد منهما منفرداً . فكذلك إذا اجتمعا .

وأصل الوجهين : إذا استهدم الحائط المشترك فدعى أحد الشريكين الآخر إلى مباناته فامتنع .

---

(١) في أ : ابتاعها .

(٢) في أ : أو .

(٣) في ج : وصى .

(٤) في ج : بتبنه .

(٥) في أ : والمنفعة .

(٦) أخرجه ابن ماجه في « سننه » (٢٣٤١) ٢ : ٧٨٤ كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره .

(٧) أخرجه البخاري في « صحيحه » (٢٢٧٧) ٢ : ٨٤٨ كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب ما ينهى عن إضاعة المال .
وأخرجه مسلم في « صحيحه » (٥٩٣) ٣ : ١٣٤١ كتاب الأقضية ، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة . . .

وينبغي أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع .

وإن وصى لواحد بخاتم ولآخر بفصه : صح . وليس لواحد منهما الانتفاع به إلا بإذن صاحبه . وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب إليه ، وأجبر الآخر عليه . وإن اتفقا على بيعه أو اصطلحا على لبسه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما .

وإن وصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران : صح . فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار : فله منعهم منه ؛ لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار . وإن كانت الدار[1] لا تخرج من الثلث : فلهم بيع ما زاد عليه وعليهم ترك الثلث . فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهو للموصى له . وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة . انتهى[2] .

(**ومن وصي له بمكاتب : صح**) ؛ لأنه يجوز بيعه . (**وكان**) الموصى به (**كما لو اشتراه**) ؛ لأن الوصية تمليك أشبهت الشراء . ويعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته مكاتباً أو ما بقي عليه ؛ لأنه إن كانت قيمته أكثر فهو لا يملك عليه سوى[3] ما بقي من نجوم الكتابة . وإن كانت نجوم الكتابة أكث فهو موصى[4] له بالرقبة ، ونجوم الكتابة لم تتعين لجواز أن يُعجِّز المكاتب نفسه فلا يحتسب[5] على الموصي ما لم يتحقق وجوده له . فإن أدى عتق والولاء للموصى له به كمشتريه ، وإن عجز عاد قناً له . وإن عجز في حياة الموصي : لم تبطل الوصية ؛ لأن رقه لا ينافيها . وإن أدى إلى الموصي : عتق ، وبطلت الوصية وإن كان الموصي قد قال : إن عجز ورق فهو لك بعد موتي ففيه وجهان .

(**وتصح**) الوصية (**بمال الكتابة**) ؛ لأنها[6] تصح بما ليس بمستقر ؛ كما

---

(١) في أ : الدينار .
(٢) ساقط من أ .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في ج : موص .
(٥) في أ : يحسب .
(٦) في أ : لأنه .

تصح بما لا يملكه في الحال كحمل الجارية . وحينئذ للموصى له استيفاء المال عند حلوله ، والإبراء منه[1] . ويعتق بأحدهما ، والولاء لسيده ؛ لأنه المنعم عليه .

وفي « الخلاف » : لا تصح الوصية بمال الكتابة والعقل ؛ لأنه غير مستقر .

وعلى الأول إذا عجز فأراد الوارث تعجيزه وأراد الوصي[2] إنظاره أو بالعكس : قُدِّم قول الوارث . ومتى عجز فهو عبدٌ للوارث .

(و) تصح الوصية أيضاً (**بنَجْم منها**) أي الكتابة . والمراد مالها ؛ لأن الوصية إذا صحت بشيء صحت ببعضه . وللورثة مع إبهام النجم أن يعطوه أيَّ نجم شاؤوه . كما لو وصى بعبد من عبيده . وسواء كانت الوصية بذلك لأجنبي أو للمكاتب .

(**فلو وصى بأوسطها**) أي أوسط النجوم لأجنبي ، (**أو قال : ضعوه**) عن المكاتب ، (**والنجوم شفع**) كالأربعة والستة والثمانية : صحت الوصية ، و (**صرف**) اللفظ (**للشفع المتوسط ؛ كالثاني . والثالث من أربعة . والثالث والرابع من ستة**) . والرابع والخامس من ثمانية .

قال في « الإنصاف » : قال في « القواعد الأصولية » : ذكره أبو محمد المقدسي وغيره . انتهى .

وعلم مما تقدم أن النجوم لو كانت وتراً كان النجم الأوسط[3] من ثلاثة الثاني . ومن خمسة الثالث . ومن سبعة الرابع بلا إشكال .

(**وإن قال**) الموصي[4] : (**ضعوا**) عنه (**نجماً : فما شاء وارث**) من النجوم وضعه عنه .

(**وإن قال**) : ضعوا (**أكثر ما عليه ، ومثْل نصفه : وُضع**) عنه (**فوق نصفه**) أي نصف ما عليه . ووضع عنه أيضاً (**فوق ربعه**) بشرط أن يكون مثل نصف الموضوع أوّلاً .

---

(١) في أ : منهما .

(٢) في ج : الموصي .

(٣) في ج من الأوسط .

(٤) في ج : الوصي .

(و) إن قال : ضعوا عنه (**ما شاء : فالكل**) يجب وضعه إذا شاءه ، وخرج من الثلث .

(و) إن قال : ضعوا عنه (**ما شاء من مالها**) : فيجب عليهم وضع (**فما شاء منه . لا كلُّه**) ؛ لأن « من » للتبعيض .

وقيل : ليس عليهم أيضاً أن يضعوا الكل إذا شاءه في المسألة التي قبل هذه .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر نجومه وهي متفاوتة : انصرف لأكثرها مالاً .

(**وتصح**) الوصية (**برقبته**) أي برقبة المكاتَب (**لشخص ، و**) الوصية (**لآخر بما عليه**) ؛ لأن كلاً من الرقبة والدين مملوك للوصي . (**فإن أدى**) ما عليه للموصى له به (**عتق**) وبطلت الوصية برقبته .

قال في « الإنصاف » : على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب . انتهى .

وقيل : لا تبطل ويكون الولاء له ؛ لأنه أقامه مقام نفسه .

وكذا الحكم لو أبرأه من مال الكتابة الموصى له به .

(**وإن عجز**) عاد قناً للموصى له برقبته ، و (**بطلت**) الوصية (**فيما عليه**) عند العجز . وما أخذه الموصى له بما عليه من مال الكتابة قبل عجزه : فهو له .

ومتى اختلفا في فسخ الكتابة قُدم قول الموصى له بالرقبة ؛ لأنه قائم مقام الوارث .

وتصح مع فساد الكتابة الوصية برقبة المكاتب ، وبما يقبضه . لا بما عليه ؛ لأنه لا شيء عليه .

(**وإن وصى**) إنسان (**بكفارة أيمان فأقله ثلاثة**) .

قال في « الفروع » : نقله حنبل واقتصر عليه .

ووجه ذلك : أنه أتى بلفظ الجمع . وأقله ثلاث .

* * *

[فصل : في حكم تلف الموصى به]

(**فصل . وتبطل وصيةٌ بمعيَّن ، بتلفه**) قبل موت الموصي . وكذا بعده قبل قبوله الوصية ؛ لأن حق الموصى له لم يتعلق بغير العين . فإذا ذهبت[1] زال حقه بخلاف ما إذا أتلفه الوارث أو غيره ثم قبله الموصى له فإن على متلفه[2] ضمانه له .

(**وإن تلف المال كله غيرَه**) أي غير الموصى به المعين ، وكان تلف ما عداه (**بعد موت موص : فـ**) الموصى به كله (**للموصى له**) ؛ لأن حقوق الورثة لم تتعلق به لتعيينه للموصى له . بدليل أنه يملك أخذه بغير رضاهم .

قال أحمد : فيمن خلف مائتي دينار وعبداً[3] قيمته مائة ، ووصى لرجل بالعبد . فسرقتَ الدنانير بعد الموت : فالعبد للموصى له .

قال في « الإنصاف » : فهو للموصى له بلا نزاع . ويشكل عليه ذكر غيره للخلاف .

قال في « الفروع » : وإن تلف غيره فللموصى له كله . ذكره الشيخ . وقال غيره : ثلثه إن ملكه بقبوله . ويشكل عليه كون الشيخ لم ينفرد بالقول المنسوب إليه . وإنما قاله تبعاً لمن تقدمه[4] . وعبارة الخرقي : وإن تلف المال كله[5] إلا الموصى به فهو للموصى له . انتهى .

---

(١) في أ : ذهب .
(٢) في ج : متعلقه .
(٣) في أ : وعبد .
(٤) في أ : يتقدمه .
(٥) ساقط من أ .

(**وإن لم يأخذه**) أي يأخذ الموصى له الموصى به (**حتى غلا أو**) حتى (**نما**) بأن صار إلى صفة زادت بها قيمته : (**قُوِّم**) بالبناء للمفعول أي[١] اعتبرت قيمة ما وصي به لتخرج من الثلث أو لا تخرج (**حين موت**) أي موت الموصي ؛ لأنه حال لزوم الوصية .

قال في « الإنصاف » : وهذا المذهب مطلقاً نص عليه في رواية ابن منصور وقطع به الخرقي والمصنف والشارح وغيرهم وقدمه في « الفروع » وغيره . انتهى .

و (**لا**) يُقوّم حين (**أخذ**) ، ولا يلتفت إلى ما زاد أو نقص من حين الموت إلى حين الأخذ . والمراد بالأخذ هنا القبول .

وقال في « المحرر » بعد أن ذكر أن في حين انتقال الملك إلى الموصي ، ولمن يكون[٢] من حين الموت إلى حين القبول ثلاثة أقوال :

الأول : أنه إذا قبل الوصية تبينا أنه ملكه عقيب[٣] الموت .

والثاني : أنه من الموت إلى القبول ملك للوراث[٤] .

والثالث : أنه باقٍ على ملك الميت إلى حين قبول الوصية .

وعبارته بعد ذكر ذلك : وإذا تلف الموصى به قبل القبول : بطلت الوصية على الوجوه كلها . وإن تغير في سعر أو صفة : قُوِّم بسعره[٥] يوم الموت على أدنى صفاته من حين الموت إلى القبول ، على الأول . وعلى الآخرين يعتبر وقت القبول سعرًا وصفة . انتهى .

وعلى المذهب : إن كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه :

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في ج : ولم يكن .
(٣) في أ : عقب .
(٤) في ج : الوارث .
(٥) في أ : بسعر .

نفذت الوصية ، واستحقه الموصى له كله . فإن زادت قيمته بعد ذلك حتى صار معادلاً لسائر المال ، أو أكثر منه ، أو هلك المال كله سواه : فهو للموصى له لا شيء للورثة فيه . وإن كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال . فإن كان نصف المال فللموصى له ثلثاه ، وإن كان ثلثيه فللموصى له به نصفه ، وإن كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه . فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان ، فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين : فهو للموصى له كله ، وإن كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له به ثلثاه ؛ لأنهما ثلث المال ، وإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثيه شيئاً . إلا أن تجيزه[1] الورثة ، وإن كانت قيمته أربعمائة فللموصى له نصفه لا يزاد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد ، أو نقص المال أو زاد .

وعطية المريض أيضاً يعتبر خروجها من الثلث حين الموت .

نقل صالح : فيمن له ألف درهم وعبد قيمته ألف فأعتق العبد في مرض موته ، وأنفق الدراهم : عتق من العبد ثلثه . فاعتبر ما له[2] حين الموت من العبد لا فيما قبله . فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ، ولو لم يتلف الألف لعتق منه ثلثاه ، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ ألفين وتركهما مع العبد عتق كله ، وإن تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب[3] عليهم من التركة . قاله في « المغني » .

(**وإن لم يكن لموص**) بشيء معين (**سواه**) من المال (**إلا دينٌ**) في ذمة موسر أو معسر[4] ، (**أو**) إلا مال (**غائب**) عن البلد : (**فلموصى له**)

---

(١) في أ : تجيز .

(٢) في أ : حاله .

(٣) في أ : جب .

(٤) في أ : معه .

بمعين[1] (**ثلث موصى به**) . ويجب تسليمه إليه ؛ لأن حقه فيه مستقر . ولا[2] فائدة في وقفه ؛ كما لو لم يخلف سواه .

وقيل : لا يُدفع إليه منه شيء ؛ لأن الورثة شركاؤه في التركة . فلا يحصل له شيء ينتفع به ما لم يحصل للورثة مثلاه مما[3] يباح لهم الانتفاع به . ولم يحصل لهم[4] شيء[5] ينتفعون به لأنهم لا يملكون التصرف في ثلثي المعين الموقوفين ؛ لتعلق حق الموصى له .

وأجيب عن ذلك : بأن عدم الانتفاع لا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر . وإنما لم نمكنه من جميعه ؛ لأنه ربما فات ما سواه فيسقط حقه مما عدا الثلث .

ولأن في إعطائه جميع المعين تعجيلاً لحقه . فيكون ظلماً في حق الورثة . فيأخذ ثلث المعين الحاضر فقط .

(**وكلما اقتضى**) شيء من الدين (**أو حضر شيء**) من المال الغائب : (**ملك**) الموصى له بالمعين (**من موصى به قدر ثلثه**) أي ثلث ما اقتضي أو حضر (**حتى يتم**) ملكه عليه . بأن يحصل من الدين أو المال[6] الغائب ما يقابل المعين مرتين . فلو خلف تسعة عيناً ، وعشرين ديناً[7] وأبناء . ووصى بالتسعة لإنسان : وجب أن يسلم له من التسعة ثلاثة ، وكلما اقتضي من الدين شيء فللوصي ثلثه . فإذا اقتضي ثلاثة[8] فله من التسعة واحد . وهكذا حتى يقتضى ثمانية عشر . فيكمل له التسعة .

---

(١) في ج : بيقين .
(٢) في أ : أو لا .
(٣) في ج : عما .
(٤) ساقط من ب .
(٥) ساقط من أ .
(٦) في ج : والمال .
(٧) في أ : وعشر دين . وفي ب : وعشرين ديناراً .
(٨) في أ : ثلثه .

وإن جحد الغريم الدين أو مات ولم يترك شيئاً : أخذ الابن الستة الباقية من العين .

(**وكذا حكم مدين**) . قال في « الفروع » : ومثله المدبر . ذكره أصحابنا .

وفي « الترغيب » : فيه نظر . فإنه يلزم من[1] تنجيز عتق ثلثه تسليم ثلثيه إلى الورثة وتسليطهم عليهما مع توقف عتقهما بحضور المال . وهذا سهو منه . قال: وكذا إذا كان الدين على أحد أخوي الميت ولا مال له[2] غيره . فهل يبرأ عن نصيب نفسه قبل تسليم نصيب أخيه ؟ على الوجهين . انتهى كلامه في « الفروع » .

فائدة :

قال في « المغني » : ولو وصى لرجل بثلث ماله ، وله مائتان ديناً[3] وعبد يساوي مائة ، ووصى لآخر بثلث العبد : اقتسما ثلث العبد نصفين . وكلما اقتضي من الدين شيء فللموصى له بثلث المال ربعه ، وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفي بينهما نصفين . فإذا استوفي[4] الدين كله كمل للوصيين نصف العبد ولصاحب الثلث[5] ربع المائتين . وذلك هو ثلث[6] المال . وإن استوفي الدين قبل القسمة قسما بينهما كذلك : للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد ، وللموصى له بثلث العبد ربعه ؛ لأن الوصيتين أربعة أتساع المال ، والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة أتساع . وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما . فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته . وهو ربع المال كله لصاحب ثلثه ، وربع العبد لصاحب ثلثه .

وفي المسألة أقوال سوى ما قلناه[7] تركناها لطولها . وهذا أَسَدُّها إن شاء الله

---

(١) ساقط من أ .

(٢) ساقط من أ .

(٣) في أ : دينار .

(٤) في أ : استوى .

(٥) في أ : سدس .

(٦) ساقط من أ .

(٧) في أ : قلنا .

تعالى ؛ لأننا أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ما له في الوصية وكملنا لهما الثلث . وإن أجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر .

وإن خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو معسر(١) ، ووصى لأجنبي بثلث ماله : فإن الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان(٢) العشرة العين نصفين ، ويسقط عن المدين ثلثا دينه ، ويبقى لهما عليه ثلثه . فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماساً : للوصي(٣) خمساها أربعة ، وللابن ستة ، وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه ، وبقي عليه ربعه . فإذا استوفي(٤) قسم بينهما أخماساً كما قسم العين ؛ لأن الوصية بالربع وهو ثمنان ويبقى ستة أثمان [لكل ابن ثلاثة أثمان](٥) . فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان : للابن ثلاثة(٦) ، وللوصي سهمان . فلذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين بينهما أخماساً ، وسقط عن المدين(٧) ثلاثة أرباع ما عليه ؛ لأن له ثلاثة أثمان . وهي [ثلاثة أرباع](٨) النصف الذي عليه . انتهى .

(**ومن وُصي له بثلث عبد**) أو بثلث مكان أو نحوهما (**فاستُحق ثلثاه**) أي ثلثا الموصى بثلثه : (**فله**) الثلث (**الباقي**) الذي لم يخرج مستحقاً إن خرج من(٩) الثلث ؛ لأن الباقي كله موصى به ، وقد خرج من الثلث . فاستحقه الموصى له ؛ كما لو كان شيئاً معيناً .

---

(١) في أ : معه .
(٢) في أ : يقسمان .
(٣) في ج : للموصي .
(٤) في أ : استوى .
(٥) ساقط من أ .
(٦) في أ : ثلثه .
(٧) في ج : الدين .
(٨) ساقط من أ .
(٩) في أ : عن .

قال في « الإنصاف » : قاله الأصحاب[1] . ثم قال : وقيل له ثلث ثلثه لا غير . ومثل ذلك : لو أوصى بثلث صبرة من مكيل أو موزون فتلف أو استحق ثلثاها خلافاً ومذهباً .

(و) من وُصي[2] له (**بثلث ثلاثة أعبد فاستُحق اثنان أو ماتا : فله ثلث الباقي**) ؛ لأن الوصية اقتضت أن يكون له من كل واحد ثلثه . فإذا استحق اثنان أو ماتا بطلت الوصية فيهما ويبقى له ثلث الباقي .

قال في « الإنصاف » : هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . انتهى .

وقيل : له جميع الباقي إذا لم تجاوز قيمته ثلث قيمتهم .

(و) من وصى لشخص (**بعبد**) معين (**قيمتُه مائة ، ولآخر بثلث ماله ومِلْكُه غيرَه**) أي غير العبد (**مائتان . فأجاز الورثة**) الوصيتين : (**فلموصى له بالثلث ثلث المائتين**) ؛ لأنه لا مزاحم له بينهما ، وذلك ستة وستون وثلثان . (و) له أيضاً (**ربعُ العبد**) لدخوله في المال الموصى له بثلثه .

ومتى أوصى مالك شيء[3] بجميعه لإنسان وبثلثه لآخر دخل النقص على كل واحد من الوصيين[4] بقدر ما له في الوصية ؛ كمسائل العول . فيبسط الكامل من جنس الكسر الذي هو الثلث ، ويضم[5] إليه الثلث الموصى به للآخر فيصير أربعة أجزاء فيصير الثلث منه ربعاً .

(**ولموصًى له به**) أي بالعبد (**ثلاثةُ أرباعه**) لمزاحمة الموصى له بثلث المال في العبد بالربع .

(**وإن رَدّوا**) أي ردّ الورثة الوصية بالزائد عن الثلث في الوصيتين[6] : نظرنا

---

(١) في أ : قاله في « الإنصاف » . وهو تصحيف .
(٢) في ج : أوصي .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في أ : الموصيين .
(٥) في ب : وينضم .
(٦) في أ : الموصيين .

في مبلغ كل وصية هل هما متساويتان أو متفاوتتان؟ فوجدناهما هنا متساويتين ؛ لأن العبد قيمته مائة[1] ، وثلث جميع المال مائة . فيكون الثلث بينهما نصفين . إلا أن الموصى له بالمعين يأخذ نصيبه كله منه[2] والموصى له بالثلث يأخذ نصيبه[3] من جميع المال . (**فلموصى له بالثلث سُدُس المائتين وسدسُ العبد**) ؛ لما تقرر[4] . (**و**) يكون (**لموصى له به**) أي بالعبد (**نصفُه**) .

[قال في « الإنصاف »][5] : وهذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثي : هو قول الخرقي ومعظم الأصحاب .

قال الزركشي : هو قول جمهور الأصحاب . انتهى .

وقال[6] في « المقنع » : وعندي أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما لهما في حال الإجازة : لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره ، ولصاحب العبد ربعه وخمسه . انتهى .

وهذا قول ابن أبي ليلى .

قال في « المغني » : وقال أبو حنيفة ومالك في الرد : يأخذ[7] صاحب المعين[8] نصيبه منه ، ويضم الآخر سهامه إلى سهام الورثة ، ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقي ـ يعني صورة المتن ـ ؛ لأن له السدس وللورثة

---

(١) ساقط من أ .
(٢) ساقط من ب .
(٣) زيادة من ب .
(٤) في أ : لها تقدر .
(٥) ساقط من أ .
(٦) في أ : قال .
(٧) في أ : بأخذ .
(٨) في أ : العين .

أربعة أسداس . وهو مثل قول[1] الخرقي إلا أن الخرقي[2] يعطيه السدس من جميع المال . وعندهما : أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد .

واتفقوا[3] على أن كل واحد من الوصيين[4] يرجع إلى نصف وصيته ؛ لأن كل واحد منهما قد أوصي له بثلث المال ، وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين . فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ما له في الوصية . وفي قول الخرقي : يأخذ سدس جميع المال لأنه وصي له بثلث الجميع . وأما على قولنا فإن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لأنه وُصي له بشيء شَرّك معه غيره فيه وصاحب الثلث أفرده بشيء لم يشاركه فيه غيره . فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الإجازة كما في سائر الوصايا . انتهى .

(و) إن كانت الوصية (**بالنصف مكان الثلث ، وأجازوا**) أي الورثة الوصيتين : (**فله**) أي فللموصى له بالنصف (**مائة**) ؛ لأنها نصف المائتين اللتين لا مزاحم[5] له فيهما . (**وثلث العبد**) ؛ لأنه موصى له بنصفه ؛ لدخوله في جملة المال ، وموصى للآخر بكله . وذلك نصفان ونصف فيرجع إلى الثلث[6] .

(و) يكون (**لموصى له به**) أي بالعبد (**ثلثاه**) لرجوع كل نصف إلى **ثلث** .

(**وإن ردوا**) أي رد الورثة الوصية للموصى لهما بما زاد على الثلث . (**فلصاحب النصف خُمس المائتين وخُمْس العبد**) ستون من ثلثمائة وذلك خمسا وصيته . (**ولصاحبه**) أي صاحب العبد (**خُمْساه**) أربعون من ثلثمائة وذلك خمسا وصيته . قاله أبو الخطاب . وهو قياس قول الخرقي .

---

(١) في أ : قولي .
(٢) في ج : أن عند الخرقي .
(٣) في أ : واتفقا .
(٤) في أ و ج : الوصيتين .
(٥) في ج : زاحم .
(٦) في ب : ثلث .

قال في « الإنصاف » : وهو الصحيح .

قال الزركشي : وهو قول الجمهور . انتهى .

وقال الموفق : لصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد ثلثه . وهو قياس قوله[(١)] في المسألة التي قبلها .

(**والطريقُ**) على المذهب (**فيهما**) أي في المسألتين (**أن تنسِب الثلث ، وهو مائة إلى وصيتيهما**) جميعاً . (**وهما**) أي الوصيتان (**في**) المسألة (**الأولى مائتان**) ؛ لأنهما بالعبد وقيمته مائة ، وثلث المال وهو مائة .

(**و**) الوصيتان (**في**) المسألة (**الثانية : مائتان وخمسون**) ؛ لأنهما بالعبد وقيمته مائة ، وبنصف المال وهو مائة وخمسون . (**ويعطى كل واحد**) من الوصيين (**من وصيته مثلُ تلك النسبة**) . ونسبة الثلث[(٢)] إلى الوصيتين في المسألة الأولى بالنصف ؛ لأن الوصيتين فيهما بالثلثين . وفي المسألة الثانية بالخُمُسين ـ تثنية خُمُس ـ لأن الوصيتين فيهما بنصف وثلث ، وذلك مائتان وخمسون . فإذا كان الثلث مائة كان خُمُسي[(٣)] ذلك .

والطريق على قول الموفق : أن يجعل لكل واحد من الوصيين مما حصل له مع الإجازة [بقدر نسبة الثلث إلى الحاصلين فيهما[(٤)] . ففي المسألة الأولى أخذ الموصى له بالعبد حال الإجازة][(٥)] ثلاثة أرباعه وهو خمسة وسبعون ، وأخذ الموصى له بالثلث ربع العبد وهو خمسة وعشرون وثلث المائتين ، وهو ستة وستون وثلثان . فمجموع ما أخذا مائة وستة وستون وثلثان . فإذا نسبت الثلث إليهما[(٦)] وهو ما حصل لهما حالة الرد كان الثلث الذي هو مائة ثلاثة أخماس

---

(١) في أ : قول .

(٢) في أ : للثلث .

(٣) في ج : خمس .

(٤) في ب : فيها .

(٥) ساقط من أ .

(٦) في أ و ب : إليها .

ذلك . فيكون لكل واحد منهما بنسبة ذلك مما كان له حال الإجازة . فقد كان للموصى له بالثلث ثلث المائتين فيكون له ثلاثة أخماس ذلك وهو خمس المائتين وذلك أربعون . والدليل[1] على أن الثلاثة أخماس الثلث يكون خمسا أنك[2] إذا أخذت مخرج الثلث والخمس [وذلك خمسة عشر ، وأخذت ثلثه وهو خمسة : كانت ثلاثة أخماسها ثلاثة][3] . وذلك خمس الخمسة عشر التي هي المخرج ، وكان له من العبد ربعه وهو خمسة وعشرون . فيكون له ثلاثة أخماس ذلك ، وهو خمسة عشر وهي عشر العبد ونصف عشره .

ومما يدل على أن ثلاثة[4] أخماس الربع يكون عشراً ونصف عشر : أنك تأخذ مخرج الربع والخمس وهو عشرون . فإذا أخذت ربعها وهو خمسة فيكون ثلاثة أخماسها ثلاثة وهي عشر العشرين ، ونصف عشرهما . فإذا أضفت الخمسة عشر التي حصلت له من العبد إلى الأربعين التي حصلت له من المائتين كان الحاصل له خمسة وخمسين ، وقد كان للموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه فيكون له ثلاثة أخماسها وذلك ربع العبد وخمسه ؛ لأنك[5] إذا أخذت مخرج الربع والخمس وهو عشرون فثلاثة أرباع المخرج خمسة عشر فإذا أخذت ثلاثة أخماسها كان ذلك تسعة وهي ربع العشرين وخمسها . فيعطى الموصى له بالعبد ربعه وخمسه ، وذلك خمسة وأربعون . فإذا جمعتها مع الخمسة والخمسين الحاصلة للموصى له بالثلث كان الجميع مائة ، وهي ثلث المال .

وأوضح من ذلك أن تقول : حصل لهما في حال الإجازة مائة وستة وستون وثلثان ، ونسبة الثلث إلى ذلك ثلاثة أخماس . فيرجع كل واحد منهما مما حصل له في حال الإجازة إلى ثلاثة أخماسه في مسألة الرد . فيحصل للموصى له بالثلث

---

(١) في أ : بالدليل .
(٢) في ج : أنه .
(٣) ساقط من أ .
(٤) في ج : الثلاثة .
(٥) في أ : لأن .

أربعون من المائتين ، وذلك خمسها ، ومن العبد خمسة عشر وهو عشرة ونصف عشرة ، وللموصى له بالعبد خمسة وأربعون[١] ، وهي ربعه وخمسه . وعلى هذا فقس مسألة الوصية بالنصف مكان الثلث .

وإن كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة : ففي الإجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه لأنه موصى له به[٢] . ولصاحب المشاع بنصفه فكان له ثلثاه ، وللآخر ثلثه . وفي الرد على المذهب للموصى[٣] له بنصف المال تسعا الثلثمائة وتسع العبد ، وللموصى له بالعبد أربعة أتساعه ؛ لأن الوصيتين بنصف وربع ، وذلك ثلثمائة ، والثلث مائة وثلاثة وثلاثون وثلث . فإذا نسبته[٤] إلى الثلاثمائة كان أربعة أتساعها فيكون لكلٍّ من الوصيتين أربعة أتساع الموصى له به . فلذلك أخذ الموصى له بالعبد أربعة أتساعه ، وذلك بالنسبة إلى قيمته أربعة وأربعون وأربعة أتساع ، وأخذ الموصى له بالنصف تسعي جميع المال ، وذلك ثمانية وثمانون وثمانية أتساع . فيصير جملة ما أخذا مائة وثلاثة[٥] وثلاثون وثلث ، وذلك ثلث المال .

وبيان ذلك : أن الاثني عشر تسعاً بواحد وثلث . فإذا أضفت[٦] الأربعة والأربعين إلى الثمانية والثمانين بلغا مائة واثنين وثلاثين ، ويضاف إلى ذلك الواحد والثلث فيصير[٧] مائة وثلاثة وثلاثين وثلثاً .

وعلى قول الموفق : يكون لصاحب المشاع من المال ربعه وسدس عشره ، وذلك ثمانون ، ومن العبد ثمنه ونصف سدسه ، ولصاحب العبد ربعه وسدسه .

---

(١) ساقط من أ .
(٢) في ج زيادة : ولها .
(٣) في أ : الموصى .
(٤) في أ : نسبه .
(٥) ساقط من أ .
(٦) في أ : أضيفت .
(٧) في ب : يصير .

وإن كانت الوصية بجميع المال مكان النصف ففي الإجازة يأخذ[1] الموصى له بالعبد نصفه ، وباقي المال كله للآخر . وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة : للموصى له بالعبد خمس الثلث وهو ستة وعشرون وثلثان ، يقابل[2] ذلك من العبد ربعه وسدس عشره . فيكون له ذلك من العبد ويأخذ الموصى له بالعبد أربعة أخماس السدس . فيكون له من العبد نظير حصة[3] الموصى له بالعبد . ومن كل مائة مثل ذلك وهو ثمانون .

ومن خلّف مائتين وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ، ووصى بالعبد لآخر[4] : ففي حال الإجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد الموصى له بزيادة على العبد بما وُصي له به . وفي الرد على المذهب للموصى له بالعبد ثلثه[5] وللآخر ثلثه وثلث المائة . وعلى قول الموفق يرجع كل واحد إلى نصف وصيته . فيكون لصاحب العبد ربعه وللآخر ربعه ونصف المائة .

وعلم مما تقدم أنه إذا لم تزد الوصيتان[6] على الثلث[7] ؛ كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ، ووصى بسدس ماله لرجل ، ولآخر بالعبد : فلا أثر للرد هنا . ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والآخر[8] ستة أسباعه .

وإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال[9] : فله مائة وسدس العبد ، ولصاحب العبد خمسة أسداسه . ولا أثر للرد أيضاً لأن الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه .

---

(١) في أ : بأخذ .
(٢) في ب : ويقابل .
(٣) في أ : حصته .
(٤) في أ : للآخر .
(٥) في أ : ثلاثة .
(٦) في ج : الوصية .
(٧) ساقط من أ .
(٨) في ج : وللآخر .
(٩) في ب : المائة .

(ولو وصى) إنسان (**لشخص بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولثالث بتمام الثلث على المائة . فلم يزد**) الثلث (**عنها**) أي عن المائة : (**بطلت وصية صاحب التَّمام**) ؛ لأنها لم تصادف محلاً . أشبه ما لو أوصى له بداره ولا دار له . (**والثلث**) أي ثلث المال (**مع الرد**) أي رد الورثة الزائد على الثلث (**بين الآخَرَيْن**) وهما الموصى له بالثلث والموصى له بمائة (**على قدر وصيتهما**) . فلو كان الثلث مثلاً مائة كان كأنه أوصى بمائة وبمائة . فيقسم الثلث بينهما نصفين . ولو كان الثلث خمسين كان كأنه أوصى بمائة وبخمسين فيقسم الثلث بينهما أثلاثاً . ولو كان الثلث أربعين قسم بينهما أسباعاً : للموصى له بالمائة خمسة أسباعه ، وللموصى له بالثلث سبعاه .

(**وإن زاد**) الثلث (**عنها**) أي عن المائة ، (**فأجاز الورثة : نُفِّذت**) الوصايا (**على ما قال**) الموصي ؛ لأنه لا مانع من ذلك . فلو كان الثلث مثلاً مائتين أخذها[1] الموصى له بالثلث ، وأخذ كل واحد من الموصى له بالمائة[2] والموصى له بتمام الثلث مائة .

(**وإن رَدّوا**) أي رد الورثة الوصية بالزائد على الثلث : (**فلكلٍّ**) من الأوصياء[3] الثلاثة (**نصف وصيته**) . سواء جاوز الثلث مائتين أو لا ؛ لأن وصية المائة وتمام الثلث مثل الثلث ، وقد أوصى مع ذلك بالثلث فكان كأنه أوصى بالثلثين . فيرد ذلك إلى الثلث لرد الورثة ما[4] زاد عليه . فيدخل النقص بالنصف على كل واحد من الأوصياء بقدر وصيته . فترد كل وصيةٍ إلى نصفها .

وقيل : إن لم يجاوز الثلث مائتين : بطلت وصية صاحب التمام ، ويقسم الثلث الآخر إن كان لا وصية لغيرهما ؛ لأن الموصى له بتتمة الثلث بعد المائة قد علق استحقاقه ولم يوجد .

---

(١) في ج : أخذهما .
(٢) في ج : بمائة .
(٣) في ج : الأوصية .
(٤) في ج : بما .

وقيل : إن لم يجاوز الثلث مائتين عاد الموصى له بالمائة الموصى له بالثلث بالموصى له بالتمام ، وأخذ نصف الثلث وأخذ الموصى له بالثلث نصفه الآخر ؛ لأنه لولا العادة[1] بصاحب التمام كان للموصى له بالمائة ثلث [الثلث[2] فيما إذا كان][3] الثلث مائتين .

وقيل : إن جاوز الثلث مائتين كان للموصى له بالثلث نصفه ، وللموصى له بمائة مائة ، وللموصى له بالتمام نصف الزائد على المائتين من الثلث .

(**ولو وصَّى لشخص بعبد ، ولآخر بتمام الثلث عليه**) أي بما بقي من ثلثه بعد العبد . (**فمات العبد قبل الموصي**) : بطلت الوصية فيه ، (**وقُوِّمت التركة**) عند الموت (**بدونه**) أي بدون العبد ، (**ثم أُلْقيتْ قيمته**) أي العبد (**من ثلثها**) أي التركة ؛ لأن الموصي لما جعل له تتمة الثلث بعد العبد فقد جعل له الثلث إلا قيمة العبد . فإذا ألقينا قيمة العبد من الثلث (**فما بقي**) من الثلث (**فهو لوصية صاحب التمام**) كما لو استثنى من الثلث قدراً معلوماً .

* * *

(١) في أ : المعادة .
(٢) في ج : السدس .
(٣) ساقط من أ .

المحتويات

الموضوع	الصفحة

* * *

انتهى بعون الله تعالى

الجزء السابع ، ويتلوه الجزء الثامن

وأوله : باب الوصية بالأجزاء والأنصباء